Google

This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

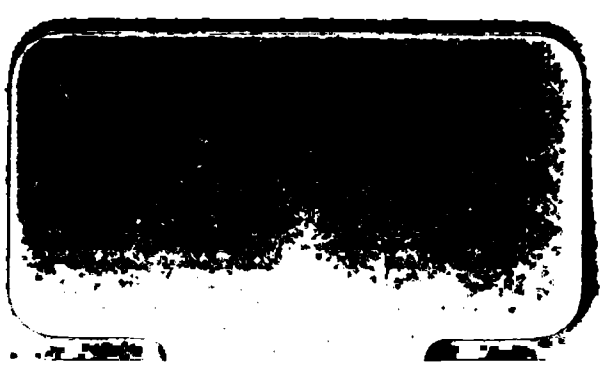
+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter http://books.google.com durchsuchen.

L.Gen. C12 e. 18

L.L. General
510
W 126



Erörterungen

aus dem

Römischen, Deutschen

und

Württembergischen

Privatrechte.

Von

Dr. Carl Georg Wächter

Kanzler der Universität Tübingen ꝛc.

Erstes Heft.

Stuttgart.

Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung.

1845.

BODLEIAN
D
24 JAN 1958
LIBRARY

Vorrede.

Die Abhandlungen, deren Herausgabe ich mit diesem ersten Hefte beginne, haben zum großen Theile (und im nächstfolgenden Hefte beinahe durchaus) das sogenannte gemeine Privatrecht zum Gegenstande, sollen aber zunächst, namentlich in Rücksicht auf die besonderen Anforderungen unsrer überbeschäftigten Praktiker, zur Ergänzung und Vervollständigung meines Handbuches des in Württemberg geltenden Privatrechts dienen.

Zu einer befriedigenden Begründung der gefundenen Resultate ist es bei manchen Lehren nothwendig, über wichtige verwickelte und bestrittene Fragen des gemeinen und Württembergischen Rechts ausführlichere Erörterungen zu geben, die sich in das Handbuch selbst nicht wohl einflechten ließen.

Außerdem war, wie mir schien, noch einem anderen Bedürfnisse zu genügen.

In Württemberg gilt zum großen Theile noch das vormalige gemeine Recht Deutschlands, also namentlich das Justinianisch-Römische Recht, und so weit dieses der Fall ist, bildet jenes Recht auch einen Inhalt

meines Handbuches, indem ich beabsichtige, in demselben das gesammte in Württemberg geltende Privatrecht, auf welchen Quellen es auch beruhen mag, darzustellen. Wie nöthig aber gerade im Römischen Rechte bei vielen Fragen eine genaue Nachweisung des historischen Zusammenhanges ist, um das Praktische vom Unpraktischen gehörig zu unterscheiden, die praktischen Resultate scharf aufzufassen, das Bestehende zu begründen und in seinem wahren Sinne zu begreifen, dieß bedarf wohl keines besonderen Beweises. Die Mißgriffe, welche eine frühere Zeit in der Vernachlässigung dieses Zusammenhanges machte, sind schon Beweises genug. Von der anderen Seite aber wird nicht selten in unsren Zeiten hierin die Sache übertrieben, wird namentlich neueren Entdeckungen auf dem Gebiete des älteren Römischen Rechts eine ganz ungehörige praktische Bedeutung zu geben versucht. So ist, um nur ein Beispiel anzuführen, für das Verständniß des Römischen Rechts, selbst des neuesten, sehr von Wichtigkeit die Lehre von der Prozeßconsumtion, die wir erst seit ein paar Jahrzehnten aus Gajus näher kennen; aber gerade diesem Institute wird von manchen Civilisten auch für das neueste, für das bei uns anwendbare Römische Recht noch eine praktische Bedeutung gegeben, die es in der That nicht mehr hat, während eine genaue Kenntniß des unpraktischen Institutes und seiner Consequenzen es allein möglich macht, bei manchen Lehren scheinbar praktische Stellen unsrer Quellen als unpraktische zu erkennen und nachzuweisen.

Unſre Praktiker aber haben leider nicht immer Muße, in einzelnen wichtigen Lehren über den neueſten Standpunkt der Wiſſenſchaft, über den Einfluß neuer Entdeckungen, über die Bedeutung, die ihnen gegeben wird und ihnen wirklich gebührt, unmittelbar durch ein mühſames und zeitraubendes Studium der Quellen und der zerſtreuten Literatur umfaſſend ſich zu unterrichten und einen ſicheren klaren Ueberblick über den geſchichtlichen Zuſammenhang und ſeine Conſequenzen zu gewinnen, ſo nöthig auch eine ſolche Orientirung für ſie iſt, wenn ſie in ihrem Berufe auf feſtem Boden ſtehen wollen.

Ich glaube daher, durch den Verſuch, über einzelne Lehren ſolche Orientirungen zu geben, namentlich und von Anderem abgeſehen manchem Praktiker nicht blos Würtembergs ſondern überhaupt der Deutſchen Provinzen, in welchen noch Römiſches Recht gilt, einen Dienſt zu leiſten. Solche Ausführungen ſind aber auch zugleich unerläßlich, um den Inhalt des Handbuches gehörig zu begründen und zu rechtfertigen. Allein im Handbuche ſelbſt können ſie nicht wohl gegeben werden. Sie bedürfen mitunter genauerer und ſehr ins Einzelne eingehender hiſtoriſcher Entwicklungen, umſtändlicherer Berückſichtigung der Leiſtungen Anderer, ein theilweiſes Uebergreifen in Lehren, die im Handbuche erſt an einer ſpäteren Stelle ihren Sitz haben, und öfters iſt das Reſultat einer größeren Erörterung ſo zu ſagen nur ein negatives, die Nachweiſung der Unanwendbarkeit eines Grundſatzes, welcher für praktiſch ausgegeben wird, die Rechtfertigung ſeines gänz-

lichen Uebergehens in der Darstellung des geltenden Rechts.

Durch das Angedeutete wird mein Plan gerechtfertigt seyn, zur wesentlichen Ergänzung meines Handbuches und um in demselben stets darauf Bezug nehmen und die Darstelluug des Geltenden vollständiger geben zu können, eine Reihe Erörterungen aus dem Römischen Deutschen und Württembergischen Rechte in besonderen für sich bestehenden Heften je den einzelnen Fortsetzungen meines Handbuches voranzuschicken.

Sehr freuen würde es mich, wenn Diejenigen, die mein Handbuch freundlich aufnahmen, in diesen Erörterungen eine willkommene Vervollständigung des Handbuches, und die Bearbeiter des gemeinen Rechts in denselben auch für die Wissenschaft des s.g. gemeinen Rechts einige Ausbeute finden würden.

Stuttgart den 26. März 1845.

Carl Georg Wächter.

Inhalt

des ersten Heftes.

Erste Erörterung. Ueber Sachgesammtheiten (rerum universitates) überhaupt und in besonderer Beziehung auf Pfandrecht . . . . . S. 1—35.

§. 1. Die ältere Theorie. S. 2.
§. 2. Juristische Bedeutung der Sachgesammtheiten überhaupt. Beurtheilung der älteren Theorie. S. 4.
§. 3. Verschiedenheit der Sachgesammtheiten von den Gattungssachen. S. 15.
§. 4. Eigenthum und Interdicte bei Sachgesammtheiten. S. 17.
§. 5. Pfandrecht an Sachgesammtheiten nach dem gemeinen (und früheren Württ.) Rechte. S. 20.
§. 6. Sind Sachgesammtheiten möglicher Gegenstand eines Pfandrechts nach dem neueren Württ. R.? S. 25.

Zweite Erörterung. Verpfändung der beweglichen Zugehörungen (Pertinenzen) einer Liegenschaft (nach Württ. R.) . S. 36—54.

§. 1. Verschiedenheit zwischen den Bestandtheilen, dem Zuwachse einer Sache und ihren Zugehörungen oder Pertinenzen. S. 36.
§. 2. Unterpfand an dem Zuwachse, den Bestandtheilen einer Liegenschaft. S. 40.
§. 3. Unterpfand an den beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft. S. 42.
§. 4. Faustpfand an denselben. S. 53.

Dritte Erörterung. Zur Lehre von den Früchten einer Sache . . . . . S. 55—87.

I. Gezogene Früchte; fructus percepti. S. 55.
II. Ziehbare Früchte; fructus percipiendi. S. 64.
III Zur Frage über den Bezug der Früchte des letzten Jahres, namentlich der Grundgefälle. S. 72.

Vierte Erörterung. Dingliches und persönliches Recht, jus in re und obligatio; in rem und in personam actio . . . . . S. 88—105.

Fünfte Erörterung. Ueber die verschiedenen Bezeichnungen der Hauptgattungen und gewisser Haupteigenschaften der Privatrechte, und über die Stellung der Realrechte und Reallasten im Systeme . S. 106—126.

Einleitung. S. 106.
I. Persönliches Recht, jus in personam, personale. S. 107.
II. Dingliches Recht, jus in re, jus in rem; objectiv, subjectiv dingliches Recht. S. 109.
III. Dinglich-persönliches, persönlich-dingliches Recht, dingliche Forderungenrechte. S. 111.
IV. Realrecht, jus reale, Realberechtigung, Realgerechtigkeit. S. 113.
V. Reallast, Grundlast. S. 115.
VI. Sachenrecht. Stellung der Realrechte und Reallasten im Systeme. S. 115.
VII. Rechte an, auf, zu Sachen. S. 121.
VIII. Gerechtigkeiten, Gerechtsame. S. 123.

Sechste Erörterung. Zur Lehre von den Reallasten. Die Natur des Rechts auf verfallene Leistungen bei Reallasten (nach Württemb. Rechte) . . . . . S. 127—138

Siebente Erörterung. Die Einträge in die Gerichtsbücher und ihre Bedeutung für die Sicherung und die Natur der eingetragenen Rechte (nach Württ. Rechte) S. 139—282.
Einleitung. Das ältere Recht und die neuere Pfandgesetzgebung. §. 1. S. 139—141.
I. Bedeutung der Einträge in die Gerichtsbücher für das Recht zur Unterpfandsbestellung. S. 141—217.
A. Allgemeine Bedingung der Berechtigung zur Unterpfandsbestellung, Eigenthum (im w. S.) der betreffenden Sache zur Zeit der Verpfändung (Art. 6 des Pfandgesetzes) §. 2 S. 141.
B. Allgemeine Bedeutung des Eintrags in das Unterpfandsbuch für das Recht zur Unterpfandsbestellung. §.
C. Be
nd der
bal
inden
für
1.
Art. 57
2.
uches·
Thei-
rt. 59,
ergabe
ngef.)
§. 5 S. 167.
3. Verpfändung im Widerspruche mit dem Güterbuche (Art. 57 und 60 d. Pfandgesetzes) §. 7 S. 170.
4. Verpfändung einer im Güterbuche gar nicht eingetragenen Sache. §. 8 S. 181.
5. Die Vertretung des Güterbuches da, wo gar keine Güterbücher bestehen (Art. 58 d. Pfandgesetzes) §. 9 S. 182.
6. Resultat. §. 10 S. 186.
D. Wahrung eines Rechts gegen Gefährdungen desselben durch Unterpfandsbestellungen:
1. Wahrung dinglicher Rechte:
a. Einleitung. §. 11 S. 188.
b. Wahrungen, die aus den Gerichtsbüchern nicht, oder wenigstens nicht in allen Fällen ersichtlich sind (Art. 67—69, 71 des Pfandgesetzes) §. 12 S. 191
c. Wahrungen durch Vormerkung im Güter- oder Pfandbuche (Art. 74—77 d. Pfandgesetzes) §. 13 S. 197.
d. Wiedereinsetzung gegen Versäumnisse bei Wahrungen. Bekanntschaft des Gläubigers mit dem nichtgewahrten Rechte (Art. 89 d. Pfandgesetzes) §. 14 S. 203.
2. Wahrung bloßer persönlicher Rechte. §. 15 S. 212.
II. Bedeutung der Einträge in die Gerichtsbücher für dingliche Rechte überhaupt. S. 217—243.
A. Im Allgemeinen. §. 16 S. 217.
B. Wirkung in Beziehung auf den Schutz des Rechtsnachfolgers (Art. 13, 53 d. Pfandentwicklgsgesetzes) §. 17 S. 226.
III. Bedeutung der Einträge in die Gerichtsbücher für persönliche Rechte überhaupt (Art. 75 des Pfandgesetzes, Art. 71 des Pfandentwicklgsgesetzes) §. 18 S. 243—258.
IV. Bedeutung der Einträge in das Unterpfandsbuch bei Abtretung oder Verpfändung einer Forderung, namentlich in Beziehung auf Einreden des Schuldners (Art. 84—86, 88, 124 d. Pfandgesetzes, Art. 53 des Pfandentwicklgsgesetzes) §. 19 S. 258—282.

Erste Erörterung.

Ueber Sachgesammtheiten

(rerum universitates)

überhaupt und in besonderer Beziehung auf Pfandrecht.

Die Theorie über die so genannten rerum universitates, welche früher herrschte, und die auf dieselbe gebaute Unterscheidung in juris und facti universitates ist zwar in der neueren Zeit von den meisten Civilisten als eine irrige erkannt worden. Indessen konnte man sich noch nicht durchaus von der alten Ansicht gehörig losmachen, und es finden sich nicht selten noch starke Anklänge an dieselbe in neueren Schriften und besonders in praktischen Arbeiten [1]. Auch knüpfen sich an die Lehre von den rerum universitates häufig noch andere nicht gerade mit jener Theorie wesentlich zusammenhängende Irrthümer, z. B. über Surrogate, über Verwechslung der Sachgesammtheiten mit den Gattungssachen, über Eigenthumserwerb an Sachgesammtheiten u. s. w. Deßhalb und weil man die frühere Theorie mit ihren Consequenzen genau kennen muß, um durch die älteren

1) Namentlich ist dieß auch in Württemberg der Fall.

Werke ſich nicht irre führen zu laſſen, wird es wohl am Orte ſeyn, in einer gedrängten Ueberſicht über die ältere Theorie zu orientiren, die in neuerer Zeit gewonnenen Reſultate zuſammenzuſtellen und zu beurtheilen, die Begründung des richtig Erfundenen nachzuweiſen und beſonders die praktiſche Bedeutung der Frage genauer zu entwickeln.

§. 1. Die Anſicht über **universitates rerum**, welche früher die herrſchende war, geht im Weſentlichen dahin:

Unter **universitas** oder **rerum universitas** ſey zu verſtehen der Inbegriff mehrerer, für ſich beſtehender, phyſiſch unter ſich nicht zuſammenhängender Sachen, welche unter *einem* Namen und in *einem* Begriffe zuſammengefaßt werden und (wie die Meiſten hinzuſetzen) in gewiſſen Beziehungen als *ein* Ganzes zu behandeln ſind. Dieſe **universitas rerum** ſey dann entweder eine **juris universitas**, das heiße ein Inbegriff von körperlichen Sachen und unkörperlichen oder Rechten, welche *nach den Geſetzen* als *ein* Ganzes zu betrachten und zu behandeln ſeyen und als Solches unter ganz beſonderen Rechtsgrundſätzen ſtehen, oder ſey ſie eine **universitas facti s. hominis** (Manche nennen dieſe allein **universitas rerum**), das heiße ein Inbegriff mehrerer blos körperlicher Sachen (von gleicher Art — ſetzen Manche noch hinzu, [illegible] m ſie z. B. auch Waarenlager hierher r[illegible] nzes unter einem Collectivnamen factiſch z[illegible] nd — wie Manche beiſetzen — wenigſtens [illegible] Beziehungen wohl auch als ein Ganzes [illegible] wie Bibliotheken, Heerden, Waarenlager, [illegible]s u. drgl. **Juris univertates** ſollen ſeyn das ganze Vermögen einer Perſon, die Peculien eines Hauskindes und nach der Anſicht Mancher auch die Dos.

Die **juris universitates** ſollen in rechtlicher Hinſicht von den **universitates facti** durch folgende wichtige Grundſätze ſich unterſcheiden:

A. Es gelte bei ihnen der Grundſatz: **res succedit in locum pretii et pretium in locum rei**, das heiße: Sachen, die mit dem zu einer **juris universitas** gehörigen Gelde gekauft werden, gehören wieder zur **juris universitas**, ſtehen ganz unter

dem Rechtsverhältnisse derselben und können von Dem, der ein Recht an die universitas habe, gefordert werden, und auf die gleiche Weise trete, wenn eine zur universitas gehörige Sache veräußert werde, das gelöste Geld an die Stelle der Sache; bei den universitates facti aber gelte ein solcher Grundsatz nicht.

B. Besitze ein Unberechtigter die einem Dritten gehörige juris universitas: so könne der Dritte mit einer dinglichen Universalklage die ganze universitas dem Besitzer abfordern; bei der facti universitas dagegen gebe es solche dingliche Universalklagen nicht.

C. Außerdem geben Manche, z. B. Thibaut Pandectenr. §. 482 und Reyscher Württ. Privatr. §. 416 bei Note 7, dem Unterschiede noch eine praktische Wichtigkeit bei der Lehre von der Gewährleistung für rechtliche und physische Fehler einer veräußerten Sache.

Allmählig wurde von Einzelnen das vielfache Schiefe und Unrichtige, das jene auf die angegebene Weise durchgeführte Unterscheidung hat, theilweise wenigstens eingesehen und sie daher da und dort in etwas beschränkt. So beschränkte z. B. Thibaut §. 175 den wichtigsten, den unter A angeführten, Satz und übergeht den unter B ganz; Mackeldey Institut. §. 150 beschränkte den Satz unter A auf Universalsuccessionen (wiewohl er auch hier noch viel zu allgemein sich ausdrückt); auch machten Andere einzelne gute Bemerkungen über diesen Gegenstand, z. B. Warnkönig im Archiv f. civil. Prax. Bd. XI Nr. IX; allein sie behielten doch im Wesentlichen die ganze Distinction bei. Angegriffen wurde sie zuerst recht von Mühlenbruch Observatt. juris Rom. Spec. I. 1818. cap. 1, und dann nach ihm von Hasse im Arch. f. civil. Prax. Bd. V. S. 1 f. und hierauf wieder in einer sehr tüchtigen Abhandlung von Mühlenbruch ebendaselbst Bd. XVII. S. 321 f., und nun wird man wohl sagen können, daß seitdem die meisten neueren Civilisten jene Ansicht in ihren Grundgedanken verwerfen; vergl. z. B. Roßhirt Lehre von den Vermächtn. Th. II. S. 28 f. und Denselben in seiner Zeitschr. Bd. I. S. 114 f., Wening-Ingenheim Civilr. 5te Aufl. von Fritz §. 76, v. Vangerow Pandect. §. 71, Schilling Institut. II. §. 62, Puchta Institut. I. S. 492,

493, v. Savigny System I. S. 378, 384, III. S. 14 f., Kierulff Civilr. I. S. 320 f. [2].

§. 2. In den Römischen Rechtsquellen findet sich eine Eintheilung in rerum und juris universitates nicht; sie gebrauchen den Ausdruck „universitas“ überhaupt für jedes Ganze, für Alles, was bei Rechtsverhältnissen in gewissen Beziehungen als Ganzes in Betracht kommt, also bald für eine einzelne Sache, die ein Ganzes bildet, sey sie eine einfache oder eine zusammengesetzte [3], bald für einen Inbegriff von Sachen, seyen sie lauter körperliche (D. VIII. 1. de usufr. *l.* 70. §. 3.) oder körperliche und unkörperliche, der in gewissen Beziehungen juristisch als ein Ganzes zu behandeln ist, endlich auch für einen Inbegriff von Personen (hominum universitas), sofern derselbe in gewissen Beziehungen ein ungetheiltes, für sich bestehendes, Rechtssubject bildet.

Was nun den Inbegriff mehrerer Sachen im weiteren Sinne betrifft: so ist es natürlich juristisch von Wichtigkeit, ob, wenn in vermögensrechtlichen Beziehungen von mehreren Sachen oder

---

2) Ueber Kierulff s. noch, was Mühlenbruch Pandect. §. 223 Note 8 a. sagt. Auch ist die im Texte angef. Abhandlg Mühlenbruchs (Arch. XVII. S. 364—370) zu vergleichen gegen die Ausführung von Warnkönig a. a. O., ferner gegen Hoffmann Ueber den Einfluß allgemeiner Pfandrechte auf die einzelnen Sachen des Schuldners, Darmstadt 1830, v. Buchholz Versuche S. 31 f. und Gesterding Ausbeute ꝛc. Th. IV. Nr. II., welche noch theilweise einen Unterschied zwischen universitas juris und facti festhalten wollen.

3) Nach Manchen, z. B. Warnkönig im Arch. f. civil. Prax. XI. S. 174, v. Buchholz Versuche ꝛc. S. 38, sollen die zusammengesetzten Sachen (s. mein Handbuch II. §. 39. bei Note 3) nicht zu den einzelnen Sachen, zu den res singulae gehören. Allein dieß ist unrichtig. Die Röm. Quellen wenden auf die zusammengesetzten Sachen allerdings den Ausdruck „universitas“ an, sie wenden aber denselben Ausdruck auch auf die einfachen einzelnen Sachen an, wenn sie als Ganzes im Gegensatz zu ihren Theilen genommen werden, z. B. D. XLI. 4. pro empt. *l.* 2, §. 6. XXXI. d. legat. II. *l.* 10. Ueberhaupt beweist der Umstand, daß zusammengesetzte Sachen zu den universitates gerechnet werden, nicht, daß sie nicht in anderen Gegensätzen, namentlich im Gegensatze zu Sachgesammtheiten, zu den einzelnen Sachen gezählt werden; s. D. VI. 1. d. R. V. *l.* 1. pr. §. 3. (hier sind unter den singulae res offenbar auch zusammengesetzte Sachen verstanden, vergl. auch *l.* 1. §. 1. *l.* 6. eod.) XLIII. 1. d. interdict. *l.* 1. pr., XXXIV. 2. d. aur. arg. *l.* 38. §. 1.

Sachen und Rechten die Rede iſt, dieſelben in der Art juriſtiſch in gewiſſen Hinſichten ein Ganzes bilden, daß die Rechtsverhältniſſe und die juriſtiſche Natur des Ganzen bei Wechſeln und Veränderungen der einzelnen dazu gehörigen Stücke ſich nicht ändern und mehr nur das Ganze und — ſo zu ſagen — der Begriff, als die darunter enthaltenen einzelnen Stücke in Betracht kommt (ſ.g. ſachliche Begriffsganze, Sachgeſammtheiten, Geſammtſachen), wie dieß in meinem Handbuche B. II. §. 39 näher ausgeführt iſt. Ob aber eine ſolche Sachgeſammtheit bloß aus körperlichen Sachen oder ob ſie aus körperlichen und unkörperlichen beſteht, dieß iſt an ſich in Beziehung auf die Natur des Ganzen in rechtlicher Hinſicht nicht von Bedeutung; es findet zwiſchen beiden Claſſen von Fällen ein durchgreifender, allgemeiner, weſentlicher Unterſchied in den Rechtsverhältniſſen nicht Statt; namentlich ſind die durchgreifenden Verſchiedenheiten, welche bei der einen Claſſe im Gegenſatze zu der anderen Claſſe nach der Anſicht, die früher herrſchend war und auch jetzt noch, theilweiſe wenigſtens, von Manchen feſtgehalten wird, gelten ſollen — die oben unter A bis C angeführten — durchaus nicht begründet. Denn

I. Die Behauptung, daß bei der ſ.g. juris universitas der Grundſatz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei gelte und ihr eigenthümlich ſey, iſt ſchon an ſich entſchieden falſch. Allerdings ſind bei Sachgeſammtheiten in gewiſſem Grade und zwar mehr oder minder je nach ihrer beſonderen Natur Surrogierungen zuläſſig. Allein dieſe Zuläſſigkeit iſt keine Eigenthümlichkeit der universitates juris und gilt namentlich nicht bei ihnen in der behaupteten Ausdehnung.

Natürlich gehört, wenn ich von meinem Vermögen Etwas veräußere, das dafür Eingenommene wieder zu meinem Vermögen, und wenn ich über mein Vermögen verfüge (z. B. es Jemanden als Fideicommiß vermache oder, was auch nach dem früheren Württemb. Rechte zuläſſig war, mein ganzes Vermögen verpfände): ſo wird auch Das, was ich ſpäter zu meinem Vermögen hinzu erwerbe, von dieſer Verfügung getroffen. Allein dieß iſt keine juriſtiſche Eigenthümlichkeit des Vermögens, ſondern folgt eben daraus, weil „Vermögen“ Alles begreift, was ich habe, und das neu Erworbene wieder zu Dem gehört, was

ich habe. Das Gleiche gilt bei jedem Zusammenfassen gewisser Classen von Objecten, sobald das Erworbene die Eigenschaft der Classe hat, also auch bei den s.g. universitates facti. Wenn ich z. B. Jemanden Das vermache, was auf meinem Landgute zu meinem Gebrauche sich befindet (fundus instructus), und ich nun die Bücher, die dort sind, verkaufe und an ihrer Stelle das gelöste Geld in meinem Landhause zu meinem etwaigen Gebrauche niederlege: so tritt auch hier insofern pretium in locum rei, d. h. das Geld gehört eben zu dem auf dem Landhause zu meinem Gebrauche Befindlichen und ist nun Gegenstand des Vermächtnisses (vergl. D. XXXIII. 7. d. instruct. l. 12. §. 27 sq. XXXII. d. legat. III. l. 64). Die Surrogatsnatur des neu Erworbenen ist also hier blos eine natürliche Folge des generellen Ausdruckes, mit welchem der Gegenstand des Rechtsververhältnisses bezeichnet wurde, und ist, wenn in dieser Weise über das Vermögen disponirt wird, nur deßhalb von einer ausgedehnteren Beziehung, weil unter den Ausdruck „Vermögen" Alles fällt, was man hat und erwirbt. Im Uebrigen aber tritt beim Vermögen etwas Eigenthümliches nicht ein, und es gilt bei ihm über jene Grenze hinaus keineswegs als etwas Eigenthümliches der Grundsatz: res succedit in locum pretii und umgekehrt. Würde z. B. der Verwalter meines Vermögens mir dasselbe vorenthalten: so gilt keineswegs ein „res succedit in locum pretii" etc.; er muß mir allerdings, was er mir vorenthielt, herausgeben; allein wenn er aus meinem Gelde für sich Sachen anschaffte: so kann ich diese Sachen von ihm nicht vindiciren; denn an diesen habe ich kein Eigenthum erworben, sie gehören nicht zu meinem Vermögen und ich kann nur Ersatz für mein Geld von ihm verlangen; (vergl. auch Mühlenbruch im Arch. für civ. Praxis B. XVII. S. 344 ff.).

Dieß sahen auch Manche, die im Allgemeinen der älteren Ansicht zugethan waren, ein, und beschränkten daher den Satz unter A blos auf die successio per universitatem, namentlich auf Erbschaften. Allein auch hier gilt er nicht in dieser Weise, gilt er überhaupt nicht als bestimmender und leitender Grundsatz. Allerdings gelten hier besondere Grundsätze, aber blos folgende:

1. Wenn ein Dritter Unberechtigter eine Erbſchaft beſitzt und eine Sache aus derſelben veräußert: ſo kann der wahre Erbe in der Regel mit der Erbſchaftsklage auch das für jene Sache gelöste Geld verlangen (D. V, 3. d. H. P. *l.* 16. §. 5. *l.* 20. §. 6. *l.* 22. 29.). Allein man würde ſehr irren, wenn man glauben würde, daß nun hier ganz allgemein der Grundſatz: pretium succedit in locum rei gelte, oder daß überhaupt jenes Reſultat aus einem ſolchen Grundſatze herzuleiten ſey. Es ſoll nämlich der unberechtigte Beſitzer einer Erbſchaft nichts vom fremden Gute gewinnen, aber, wenn er redlicher Beſitzer iſt, auch keinen Schaden leiden, dagegen, wenn er unredlicher Beſitzer iſt, jede Minderung erſetzen. Daraus, und nicht aus einem pretium succedit in locum rei und nicht aus einer angeblichen beſonderen Natur der juris universitates, folgte dann: a. der redliche Beſitzer muß den eingehobenen Preis herausgeben, aber nur, weil und ſo weit er dadurch noch bereichert iſt (D. loc. cit. *l.* 25. §. 11, 17. *l.* 23. pr.), weil der unbefugte Beſitz der Erbſchaft ihn nicht bereichern ſoll; b. der unredliche Beſitzer aber ſteht eben ſeiner Unredlichkeit wegen unbedingt für die Veräußerung ein (mit einer Milderung bei ſolchen Veräußerungen, die im Intereſſe der Erbſchaft ſelbſt lagen, *l.* 20. §. 2. *l.* 33. §. 1. eod.). Es iſt daher bei ihm ſo wenig von einem Eintreten des gelösten Preiſes an die Stelle der veräußerten Sache die Rede, daß gegen ihn, wenn er Erbſchaftsſachen veräußerte, gar nicht der dafür gelöste Preis, ſondern die Sachen ſelbſt, ſofern ſie noch exiſtiren, mit ihren Früchten zunächſt den Gegenſtand der Klage bilden („sine dubio non pretia rerum, sed ipsae res veniunt in petitionem hereditatis et fructus earum“ *l.* 20. §. 12. §. 2. eod.), und daher der Beklagte für ihre Beiſchaffung ſorgen muß, und wenn er ſie nicht beiſchaffen kann, ihren vollen, durch den Schätzungseid zu beſtimmenden, Werth zahlen muß, wenn nicht der Kläger es vorzieht, den eingehobenen Preis nebſt Zinſen zu verlangen (*l.* 20. §. 2, 12, 16, 21. *l.* 33. §. 1. eod.). Auch tritt c. ſo wenig der gelöste Preis an die Stelle der veräußerten Sache, daß der Erbe vom dritten Beſitzer die Sache fordern kann (*l.* 13. §. 4. eod. C. III. 31. de her. pet. cst. 2 a. E.; nur mit einer Beſchränkung, wenn der redliche Beſitzer veräußerte, weil dieſer

sonst durch die Evictionsklage des Dritten Schaden leiden könnte D. de her. pet. *l.* 25. §. 17.), und daß er, wenn die Sache in die Hände des Erbschaftsbesitzers wieder kommt, beim unredlichen Besitzer zwischen Sache und Preis wählen, und vom redlichen Besitzer die Sache annehmen muß, jedoch weil dieser nichts gewinnen soll, so, daß Derselbe noch dazu Das zu geben hat, um was er außerdem etwa durch den früher gelösten Preis noch bereichert ist (*l.* 22. eod.).

2. Wenn der Besitzer der Erbschaft Sachen für die Erbschaft und im Interesse derselben anschafft: so kann der Erbe auch diese Sachen verlangen. Wollte man aber es ausdrücken durch res succedit in locum pretii: so wäre dieß ganz falsch; denn der Erbe kann jene Sachen selbst dann verlangen, wenn der Besitzer sie mit seinem eigenen Gelde anschaffte; nur muß er dann Ersatz für das Geld geben. Er braucht aber jenen Tausch sich nicht gefallen zu lassen, sondern kann z. B. statt der mit dem Erbschaftsgelde gekauften Sachen sein Geld verlangen, so weit nicht dadurch ein Besitzer im guten Glauben Verlust erleiden würde oder die Erwerbung für die Erbschaft nothwendig war; kaufte aber der Besitzer aus dem Erbschaftsgelde Sachen für sich, also nicht zur Erbschaft und im Interesse derselben: so kann der Erbe diese Sachen nicht ansprechen (D. l. c. *l.* §. 20. pr. §. 1, 6). Es ergiebt sich also hieraus, wie wenig selbst bei der Erbschaft der Satz: res succedit in locum pretii ꝛc. in seiner Allgemeinheit richtig ist und wie sehr sogar auch hier ein solcher Satz zu falschen Entscheidungen im Einzelnen führen müßte.

Eben so wenig gilt ein solcher Satz als allgemeiner bei den anderen angeblichen Classen der s.g. universitas juris, bei den Peculien und bei der Dos. Nur darf man, was die Peculien betrifft, nicht damit die natürliche Bestimmung verwechseln, daß, was ein Hauskind aus den Mitteln eines bestimmten Peculium anschafft, wieder gerade zu diesem bestimmten Peculium gehört (C. XII, 37. d. castr. pecul. est. 1). Wenn z. B. ein unberechtigter Dritter das Peculium eines Hauskindes besitzt und Sachen aus demselben verkauft oder mit dem dazu gehörigen Gelde Sachen erwirbt: so werden die gekauften Sachen und die

erworbenen Gelder nicht Peculium des Kindes; das Kind kann nach Umſtänden blos Erſatz für das Fehlende verlangen, aber nicht das dafür Erworbene als ſein Eigenthum anſprechen. Ebenſowenig wird, was der Ehemann aus Mitteln der Dos der Frau kauft, Dotalſache [4], noch tritt an die Stelle einer veräußerten Dotalſache das dafür eingehobene Geld (vergl. auch Haſſe a. a. O. S. 16 f.). Wollte man ſich hiergegen auf das Abſonderungsrecht der Ehefrau (mein Handbuch B. I. S. 619) berufen: ſo iſt dagegen zu bemerken, daß dieſes eine ganz beſonders beſchränkte Beziehung hat, noch dazu in ſeiner Gültigkeit nach gemeinem Rechte ſehr zweifelhaft iſt (auch von der früheren Württ. Praxis verworfen wurde und jedenfalls jetzt in Württemberg gar nicht mehr gilt Pfandentwickl. Geſ. Art. 52 Nr. 1). Ebenſo gilt der Grundſatz: res succedit ꝛc. nicht als allgemeiner bei der Württ. Errungenſchaftsgeſellſchaft in Beziehung auf das Beibringen eines Ehegatten; es gilt hier auch nicht einmal etwas der Art, was bei Peculien gilt. Kauft der Mann mit dem beigebrachten Gelde der Frau eine Sache: ſo tritt die Sache in der Regel nicht an die Stelle des Geldes, ſie gehört nicht zum Beibringen der Frau, ſondern vielmehr zur Errungenſchaft, und das Gleiche iſt der Fall, wenn der Mann mit ſeinem beigebrachten Gelde eine Sache kauft oder eine beigebrachte Sache verkauft und dafür Geld erhält.

Ueberhaupt knüpft man, was die Surrogierung betrifft, nicht ſelten an die Lehre von den universitates einen Grundſatz über Surrogate an, der viel zu allgemein iſt. So ſagt z. B. Thibaut Pandectenr. §. 175, daß in der Regel Surrogate an die Stelle des Dinges treten, dem ſie ſurrogirt ſind, und deſſen Natur annehmen (freilich, ohne irgend eine Quellenſtelle dafür anführen zu können), und Gleiches wird nicht ſelten auch von Anderen behauptet. Zunächſt kommt es bei dieſer Behauptung darauf an, was man unter Surrogierung verſteht, ob ein abſicht-

4) Wenn es in D. XXXIII. 4. d. dot. praeleg. *l.* 1. §. 4. heißt: „Quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum“: ſo ſoll dadurch in der That nichts Anderes geſagt werden, als: durch den nothwendigen Aufwand wird die geſammte Dotalforderung gemindert, ſein Betrag geht von ſelbſt von der Dotalforderung im Ganzen (von der universitas in dieſem Sinne) ab.

liches Setzen einer Sache an die Stelle einer anderen oder blos ein Erwerben einer Sache für eine andere ohne die bestimmte Absicht, daß im betreffenden Rechtsverhältnisse jene die Stelle dieser einnehmen soll. Beschränkt man aber auch den Satz blos auf den ersteren Fall: so ist er doch in seiner Allgemeinheit unrichtig und jedenfalls hat er, wie gezeigt wurde, keine besondere Beziehuug auf die s.g. universitas juris im Gegensatze zur universitas facti.

Es gibt allerdings Fälle, in welchen eine Sache einer anderen in rechtlicher Beziehung surrogiert werden kann, sie als eigentliches Surrogat der anderen Sache rechtlich gilt, und wo dieß der Fall ist, findet dann bei solchen wahren Surrogaten allerdings jener Grundsatz statt, daß das Surrogat in die rechtlichen Verhältnisse des Gegenstandes eintritt, dem es surrogiert wurde (surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatur). Allein das für einen Gegenstand Empfangene oder an die Stelle desselben Gesetzte gilt keineswegs allgemein blos dadurch schon rechtlich als Surrogat jenes Gegenstandes. Vielmehr ist, damit dieses der Fall sey, noch der Eintritt besonderer Bedingungen und Voraussetzungen erforderlich, entweder eine Vereinigung der Parthieen über die Surrogierung oder eine besondere Bestimmung des Gesetzes. Die einseitige Handlung Dessen, der für sich eine solche Surrogierung vornimmt, kann rechtlich nur dann die Wirkung einer wahren Surrogierung haben, wenn er aus besonderen Gründen zu einseitiger Surrogierung befugt ist. Letzteres ist besonders da der Fall, wo überhaupt Alles auf den einseitigen Willen des Disponenten ankommt, bei letztwilligen Verfügungen (s. z. B. **D. XXXII. d. legat. III.** *l.* 64). Ebenso wird ein rechtliches Surrogat begründet bei gewissen einseitigen Surrogierungen des Nießbrauchers, die er vorzunehmen befugt und verpflichtet ist. (**D. VII. 1. d. usufr.** *l.* 68. §. 2. *l.* 69. *l.* 70. §. 2. 3.). Besonders häufig aber und gewöhnlich stützen sich die gültigen Surrogierungen auf Vereinigung der Parthieen. So kann z. B. in Folge einer solchen Vereinigung an der Stelle einer veräußerten Dotalsache das eingehobene Geld, an der Stelle des Dotalgeldes, mit welchem eine Sache gekauft wurde, diese Sache dotal werden (**D. XXIII. 3. d. jur. dot.** *l.* 25—27. **XXIII. 4. d. pact.**

dot. l. 21); ebenſo können ſolche Surrogierungen bei der Errungenſchaftsgeſellſchaft vorkommen, wenn die Gatten beſtimmen, daß z. B. die Sache, die mit dem Beibringensgelde des einen Gatten gekauft wird, nicht zur Errungenſchaft, ſondern an der Stelle des Geldes zum Beibringen jenes Gatten gehören ſoll (vrgl. auch Württ. Geſ. v. 21. Mai 1828. Art. 52. Nr. 1.), und nach unſerem Landrechte (IV, 4. §. 6.) gilt hier überhaupt, wenn für die beigebrachte Sache des einen Gatten eine andere eingetauſcht oder für die veräußerte Sache des einen Gatten eine gleiche gekauft wurde, im Zweifel die erworbene Sache als rechtliches Surrogat der weggegebenen [5]. Ebenſo gehört hierher der ſ.g. Eiſernviehcontract, durch welchen der eine Contrahent die Befugniß (und die Verpflichtung) zur rechtlichen Surrogierung erhält. Wo aber nicht ſolche beſondere Grundſätze oder eine Vereinigung der Parthieen vorliegen, kann durch eine einſeitig vorgenommene Surrogierung die ſurrogierte Sache nicht in das Rechtsverhältniß derjenigen treten, an deren Stelle ſie geſetzt werden ſoll. Der Vater z. B., der den Nießbrauch des Vermögens ſeiner Kinder hat, kann den Liegenſchaften der Kinder nicht andere ſurrogieren; verkaufe ich meine Bibliothek: ſo kann ich nach dem Abſchluſſe des Verkaufs nicht einzelne Werke herausnehmen und ihnen andere ſubſtituiren; der Verpfänder kann nicht einſeitig und ohne Zuſtimmung des Pfandgläubigers der verpfändeten einzelnen Sache eine andere mit der Wirkung ſubſtituiren, daß nun Dieſe ſtatt Jener verpfändet ſeyn ſolle u. ſ. w.

An den Satz von den Surrogaten knüpfen Manche noch einen weiteren Grundſatz, der in ſeiner Allgemeinheit gleichfalls entſchieden unrichtig iſt. So ſagt z. B. Thibaut Pandectenr. §. 175, jedenfalls könne Der, welcher durch eine fremde

---

5) In Beziehung auf den letzteren Fall, wenn an die Stelle der veräußerten Sache eine andere ähnliche gekauft wird, ſind zwar viele Würtemb. Schriftſteller anderer Meinung, indem ſie die gekaufte Sache zur Errungenſchaft zählen, z. B. Bolley 33 Aufſätze S. 42 Reinhard Comm. III. S. 64 Stein Handb. des Württ. Erbrechts 2te Ausg. von Kübel §. 86. Allein dieſe Anſicht iſt, ſollte ſie auch legislativ mehr zu billigen ſeyn, doch in entſchiedenem Widerſpruch mit Landr. IV, 4. §. 6. 7. verb.: „noch ein anders dergleichen erkaufft.“

Sache bereichert ward, in der Regel auf so viel, als er sich dadurch noch bereichert befinde, belangt werden (weil nemo damno alterius locupletior fieri debet). Besonders wurde in neuerer Zeit von Sell in seinen Versuchen Th. I Nr. 1 dieser Satz in unbedingter Allgemeinheit dahin vertheidigt, daß gegen Den, der mit dem Schaden eines Anderen bereichert worden sey, blos und allein aus diesem Grunde dem Anderen eine actio in factum auf Entschädigung zustehe, und Manche unsrer Civilisten sind ihm hierin sofort im Wesentlichen beigetreten. Allein Sell hat das, was er behauptet, in keiner Weise bewiesen. Es lassen sich eine Reihe von Entscheidungen in unsren Quellen anführen, welche mit einem solchen Grundsatze ganz unvereinbar wären, z. B. (abgesehen vom ganzen Institute der Verjährung) der Grundsatz, daß der redliche Besitzer einer einzelnen fremden Sache für die verzehrten Früchte dem Eigenthümer der Sache keinen Ersatz zu geben hat und daß er, wenn er die Sache in gutem Glauben veräußerte, auf den eingehobenen Werth vom Eigenthümer der Sache in keiner Weise belangt werden kann (vergl. C. III. 32. d. R. V. cst. 6.). Was aber diejenigen Entscheidungen in unsren Quellen betrifft, welche Sell blos für spezielle gesetzliche Anwendungen jenes angeblichen allgemeinen Grundsatzes nehmen will: so bemerkt in dieser Hinsicht v. Savigny System III. S. 451 treffend, daß „jene Regel so „allgemeiner und unbestimmter Natur sey, daß sie eine unmittelbare „Anwendung auf die Beurtheilung praktischer Rechtsfragen gar „nicht zulasse, sondern lediglich auf die Entstehung mancher Rechts„regeln Einfluß gehabt habe, so daß sie höchstens als einzel„nes Element in wirklich praktischen Regeln enthalten ist, wo „sie nur in Verbindung mit sehr concreten Voraus„setzungen Leben und Wirksamkeit erhält. Wollte „man aber in der That jener Regel, nach ihrer buchstäblichen „Fassung, praktische Anwendbarkeit einräumen: so würde man „sogleich durch die Folgen zur Umkehr genöthigt werden. Denn „nach ihr könnte jeder theure Kauf angefochten werden, weil „durch ihn der Verkäufer mit dem Schaden des Käufers reicher „wird. Um die Sicherheit eines lebendigen Verkehrs, die auf

„der Möglichkeit des Gewinnes und Verluſtes durch freien Aus„tauſch beruht, wäre es alsdann geſchehen“ [6].

2. Was den zweiten Hauptunterſchied zwiſchen universitas juris und facti (oben S. 3) betrifft: ſo iſt auch er nicht begründet. Dingliche Univerſalklagen für ſ.g. universitates juris überhaupt und im Gegenſatze zu den universitates facti gibt es nicht. Nur bei einer Erbſchaft gilt das Beſondere, daß man ſie vom unberechtigten Beſitzer mit einer dinglichen Univerſalklage fordern kann; in anderen Fällen aber, in denen es ſich von dem unbefugten Beſitze eines Vermögens handelt, findet eine ſolche Klage nicht Statt. Iſt z. B. mein Vermögen in den Händen eines Unberechtigten, ſo kann ich es, wenn er mir perſönlich verpflichtet iſt, von ihm nach Umſtänden mit einer perſönlichen Univerſalklage fordern, z. B. der Mündel vom Vormunde ſein Vermögen mit der tutelae actio, der Mandant von ſeinem Verwalter mit der mandati actio (vergl. auch Mühlenbruch im Arch. f. civil. Prax. XVII. S. 363). Allein hierin liegt durchaus kein praktiſcher Unterſchied zwiſchen der ſ.g. juris und der facti universitas. Denn auch eine ſ.g. universitas facti kann man mit einer perſönlichen Klage von dem uns perſönlich Verpflichteten fordern, z. B. wenn mein Verwalter meine Bibliothek, meine Heerde in Händen hat. Eine dingliche Univerſalklage aber zur Herausgabe eines Vermögens, das ein Unberechtigter ganz oder theilweiſe beſitzt, gibt es außer dem Erbrechte nicht; man muß hier die einzelnen Sachen vindiciren. Auch wenn ich mein Vermögen verkaufe oder verſchenke: ſo kann der Käufer nur mit der perſönlichen Verkaufsklage, der Beſchenkte nur mit der perſönlichen Schenkungsklage auf

---

6) Mit Recht erklärt ſich auch gegen Sell in einer tüchtigen Ausführung Seeger in Sarwey's Monatſchr. Bd. V. S. 65 f. S. auch Kori in ſeinen und v. Langen's Erörtt. Bd. I. Nr. 1, Kämerer in der Gießener Zeitſchr. f. Civilr. und Proz. Bd. VIII. S. 154 f. Durch Das, was über jene Regel Fritz Erläutt. H. 3. S. 373 f. ausführt, wird die oben angef. Bemerkung Savigny's noch beſonders beſtätigt. Auf eine ſpezielle Widerlegung der Abhandlung von Sell glaube ich hier nicht eingehen zu ſollen, weil Sell ſich vorbehalten hat, ſeine Anſicht in einer neuen Ausführung noch genauer zu begründen.

Uebergabe der einzelnen Sachen und auf Cession der einzelnen Capitalien klagen, und was auf diese Weise vom ganzen Vermögen gilt, gilt auch von Quoten und Classen desselben, also auch von Peculien eines Hauskindes. D. VI. 1. d. R. V. *l.* 56. XXXIII. 8. d. pecul. legat. *l.* 5. *l.* 6. pr. Mühlenbruch a. a. O. S. 340 f., 363.

3. Was endlich die S. 3 unter C angeführte angebliche praktische Verschiedenheit zwischen universitas juris und facti betrifft: so ergibt sich ihre Unrichtigkeit schon aus D. XXI. 1. d. aedil. edict. *l.* 33. pr. Denn diese Stelle sagt, was in jenen Hinsichten bei einem Peculium (das nach der gewöhnlichen Ansicht zu den s.g. universitates juris gehören soll) gelte, dasselbe gelte ganz so auch bei einem gekauften instrumentum fundi (einer s.g. universitas facti); sie läßt also hier keinen Gegensatz zwischen diesen beiden universitates, sondern bei Beiden das Gleiche gelten.

Die ganze Unterscheidung ist hiernach zu verwerfen [6a]. Sie hat in der That keine praktische Bedeutung. Will man ihr aber eine solche geben: so kommt man auf Unrichtigkeiten und Irrthümer [7]. Vielmehr kommt es, wenn mehrere Sachen im weiteren Sinne Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sind, lediglich darauf an, ob und in wie weit sie in gewissen Beziehungen nach der besonderen Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses als ein rechtliches Ganzes — als sachliche Be-

---

6 a) Vangerow, der sie mit Recht verwirft, will doch in einem anderen Sinne die Terminologie beibehalten, indem er die universitates rerum in juristische und factische abtheilt. Allein auch diese Distinction ist nicht zu billigen. Was er unter factischer Universitas versteht, ist eben gar keine Universitat, ist blos die Negation, daß gewisse Sachen zusammen rechtlich in irgend einer Beziehung ein Ganzes bilden.

7) Ohnehin ist auch die Unterscheidung nicht erschöpfend. Denn es kann auch Begriffsganze geben, die aus lauter unkörperlichen Sachen bestehen und welche die Vertheidiger der Unterscheidung weder zu den universitates juris, noch, da sie unter den universitates facti blos körperliche Sachen begreifen, zu den Letzteren zählen; s. z. B. D. XXXII. d. legat. III. *l.* 68. und Mühlenbruch a. a. O. S. 340 f. — Ueber die *l.* 20. §. 10. D. V, 3. d. H. P., welche zu der ganzen Distinction zunächst Veranlassung gab, s. Hasse a. a. O. S. 57, Mühlenbruch a. a. O. S. 341 f. und v. Vangerow Pandect. S. 89, 90.

griffsganze oder Sachgesammtheiten — zu behandeln sind, eine Frage aber, auf welche die Art und Gattung der einzelnen betreffenden Sachen an sich von einem durchgreifenden Einflusse nicht ist.

§. 3. Die Sachgesammtheiten oder sachlichen Begriffsganzen sind nicht zu verwechseln mit den Gattungssachen (genera). Eine solche Verwechslung scheint theilweise Dem zu Grunde zu liegen, was Mühlenbruch Pandect. §. 220 lit. b sagt, wenn er die Gesammtsachen als Fälle des Genus anführt, „sofern nämlich nicht die einzelnen darin befindlichen Dinge den „Gegenstand eines Rechts oder Anspruchs bilden, sondern ein der „Individualität nach unbestimmter Complex von Rechten und „Sachen." Es kann zwar (ein Fall aber, den Mühlenbruch nicht im Auge gehabt haben wird) ein wahres Genus, unter einem Collectivnamen zusammengefaßt, Gegenstand des Verkehrs seyn, in welchem Falle es aber ein eigentliches Begriffsganzes nicht bildet, z. B. wenn mir Jemand die Lieferung einer Heerde von hundert spanischen Schaafen um einen bestimmten Preis verspricht. In einem solchen Falle handelt es sich nicht von einem bestimmten Begriffsganzen, sondern nur von einer gewissen Zahl von, unter einem Collectivnamen zwar zusammengefaßten, aber nicht durch diesen, sondern durch ganz allgemeine Gattungsmerkmale näher bestimmten Stücken. Beim Begriffsganzen, den Sachgesammtheiten, aber handelt es sich stets von einem individuell bestimmten Ganzen (meine Heerde, meine Bibliothek, mein Vermögen, im Gegensatze zu jedem anderen). Hier sind zwar die einzelnen darunter enthaltenen Sachen nicht speziell bezeichnet und es ist bei ihnen nach der Natur des Ganzen bis auf einen gewissen Grad ein Wechsel möglich; aber das Ganze selbst ist keineswegs ein Genus, etwas blos nach allgemeinen Gattungsmerkmalen Bestimmtes; es bildet nicht etwas Vertretbares, wie die Gattungssache, sondern ist als Ganzes eine Species, nicht wie Mühlenbruch glaubte, ein „der Individualität nach unbestimmter," sondern ein der Individualität nach bestimmter Complex von Rechten und Sachen. Denn der Complex als Solcher ist individuell bestimmt, so daß er von jedem anderen Complexe genau unterscheidbar ist und nicht erst eine Auswahl

oder Ausmittlung und nähere Fixirung desselben, wie beim Genus, nöthig ist. Sogar die einzelnen unter dem Ganzen enthaltenen Sachen sind durch die Bestimmung des Ganzen genau, wenn auch nicht individuell bestimmt; die einzelnen Stücke sind nicht, wie bei dem Genus, erst näher zu bestimmen und auszuwählen, und handelt es sich von einer Theilung: so treten nicht die Grundsätze vom Genus (mein Handbuch B. II. §. 38), sondern die von der Species ein. Nur kann nach Umständen unter den einzelnen Sachen bis auf einen gewissen Grad eine Vertretbarkeit stattfinden je nach der Natur des Begriffsganzen und den Verhältnissen, unter welchen es steht. In der Regel aber ist auch dieß unzulässig, sobald ein Dritter auf die Leistung des Ganzen selbst ein festes Recht wirklich erworben hat. Verkaufe ich z. B. an Jemanden meine Heerde oder meine Bibliothek um eine bestimmte Summe: so treten hier zwar theilweise die Grundsätze von den Sachgesammheitten ein (Handbuch II. §. 39. Nr. 3); allein die Heerde, die Bibliothek selbst ist kein Genus, sondern eine Species; es ist gerade genau die bestimmte Heerde, die ich besaß (und die eben dadurch schon als Individuum von allen anderen Heerden unterschieden ist, so daß nicht erst von einer Auswahl und Ausmittlung des Gegenstandes aus andern, blos generisch bestimmten, die Rede seyn kann) verkauft; eine andere kann ihr nicht substituirt werden, und vom Augenblicke des Verkaufs an findet auch in Beziehung auf die einzelnen Stücke eine Substitution anderer nicht mehr Statt. Vermache ich Jemanden meine Heerde: so gilt allerdings nur das Ganze als Solches für vermacht, und was später bis an meinen Tod zur Heerde hinzukommt oder ihr überhaupt substituirt wird, fällt, sobald es einen Theil der Heerde bildet, unter das Vermächtniß; aber auch hier ist kein Genus vermacht, sondern eine Species, ein Ganzes, welches als Solches individuell bestimmt ist, nicht eine nach blosen allgemeinen Gattungsmerkmalen bestimmte Sache, die aus dieser Gattung erst nach meinem Tode auszumitteln und festzustellen wäre, wie beim Genus. Es sind daher auf bestimmte Sachgesammtheiten die Grundsätze von der Species anzuwenden, nicht die Grundsätze von dem Genus, und sie werden deßhalb auch in den Quellen durch certa species, certum

corpus bezeichnet. Vrgl. **D. XXXV, 2 ad leg. Falcid.** *l.* 30. §. 4. **XXX de legat. I.** *l.* 34 §. 4, 5 *l.* 51.

§. 4. Besteht ein sachliches Begriffsganzes auch aus lauter körperlichen Sachen: so ist es doch scheinbar etwas Unkörperliches, d. h. das Ganze, als Solches gedacht, ist nicht körperlich. Allein deßhalb wäre es doch ungeeignet, solche Sachgesammtsachen zu den unkörperlichen Sachen zu zählen. Denn im Grunde werden durch eine Gesammtheit jener Art eben körperliche Sachen bezeichnet, bei denen nur in gewissen Beziehungen besondere Rechtsgrundsätze eintreten, weil sie in denselben als eine Gesammtheit zu behandeln sind. Namentlich kann ein Besitz und ein dingliches Recht nur an den einzelnen körperlichen Sachen stattfinden, die im Begriffsganzen selbst enthalten sind. In Beziehung auf den Besitz ist dieß so natürlich (d. h. das Begriffsganze als etwas Ideelles kann nicht besessen werden, sondern blos die einzelnen darunter enthaltenen körperlichen Sachen sind Gegenstand des Besitzes), daß es wohl nicht bestritten seyn wird; auch ist es zu bestimmt in unsren Quellen anerkannt (**D. XLI, 3 d. usurp.** *l.* 30 §. 2). Dagegen ist es schon in Beziehung auf Eigenthum und Pfandrecht bestritten worden.

Was nämlich das Eigenthum an Gesammtsachen betrifft: so macht z. B. Warnkönig in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen Eigenthum, Besitz und Ersitzung, indem er im Arch. f. civil. Prax. B. XI. S. 190 u. 195 f. sagt: „Das „Eigenthum an einer universitas rerum distantium stehe uns „an derselben als Einer Sache zu, und wie man ein „Gebäude vindicire, könne man eine Heerde ꝛc. vindiciren; dieß „sey ausdrücklich in der *l.* 1 §. 3 **D. de R. V.** enthalten. An„ders behandle das Römische Recht die universitas rerum di„stantium in der Lehre vom Besitze und von der Verjäh„rung. Der Grund davon sey wohl, weil der Besitz als ein rein „physisches Verhältniß behandelt werde und sowohl die detentio, „als der animus habendi z. B. bei einer Heerde mehr auf „jedes einzelne Schaaf gerichtet sey, als auf das Ganze der „Heerde. Durch Verjährung erwerbe man daher einzelne Schaafe, „aber keine Heerde. Ob aber beim Interdictenbesitze dieselben „Grundsätze zu befolgen seyn möchten, sey eine andere Frage.

„Es bleibe nur die Wahl übrig, entweder den Grundsatz der „*l.* 30 §. 2 d. usurp. vom Verjährungsbesitze auf den Interdictenbesitz zu übertragen oder die Analogie der rei vindicatio „zu befolgen. In letzterem Falle müsse man den Besitz der „Heerde als eines Ganzen für möglich annehmen."

Mir scheint hier das Verhältniß nicht auf die rechte Weise aufgefaßt zu seyn. Man könnte schon fragen, wenn beim Besitze der animus habendi mehr auf jedes einzelne Schaaf gerichtet ist, als auf das Ganze der Heerde, warum dieß nicht auch beim Eigenthum stattfinde, und wie es mit der *l.* 30 §. 2 cit. in Einklang zu bringen sey, daß man bei den Interdicten den Besitz der Heerde als eines Ganzen sollte für möglich annehmen können. Aber abgesehen hiervon: so liegt überhaupt in dieser Stelle weder eine Schwierigkeit, noch eine Differenz. Bildet Jemand aus einzelnen Schaafen, die ihm gehören, eine Heerde: so sagen wir, die Heerde gehöre ihm (vergl. auch *l.* 1 §. 3 de R. V.); aber nicht die Heerde, der Begriff, ist Gegenstand seines Eigenthums, sondern eben die einzelnen Stücke, welche er ins Eigenthum erworben hat und welche zusammen die Heerde bilden. Daß aber doch die Vindication einer Heerde als eines Ganzen im Römischen Rechte zugelassen wird, ist dabei natürlich; sie ist zugelassen, nicht weil es ein Eigenthum an einer ideellen Sache anerkennt — denn das Römische Recht geht überall davon aus, daß es im eigentlichen Sinne nur singularum rerum dominium gebe — sondern des praktischen Bedürfnisses und der Vereinfachung der Sache wegen (vergl. auch Mühlenbruch Pandect. §. 270 Note 2). Würde die Heerde als Ganzes im Eigenthum einer Person seyn können: so müßte dabei die Rücksicht auf das Eigenthum der einzelnen Stücke ganz wegfallen und der Eigenthümer müßte das Ganze selbst dann ungemindert behalten können, wenn ihm auch einzelne Stücke vom Ganzen nicht gehören sollten. Allein dagegen erklären sich ausdrücklich die Quellen. Man nennt zwar Denjenigen, dem der größere Theil der zu einer Heerde vereinigten Thiere gehört, den Eigenthümer der Heerde; allein die Heerde gehört ihm nur, soweit er an den einzelnen Theilen Rechte erworben hat. Daraus erklären sich durchaus die Bestimmungen in D. VI, 1 d. R. V. *l.* 1 §. 3 *l.* 2. *l.* 3 pr.

Nach denselben muß, wer eine Heerde als Heerde vindiciren will, das Eigenthum an der größeren Zahl der dazu gehörigen Stücke erworben haben; jedes einzelne Stück, welches nicht ihm, sondern dem Besitzer der Heerde gehört, wird von der Vindication der Heerde ausgenommen und abgezogen; er kann somit nicht das Ganze als Ganzes so vindiciren, daß ihm unbedingt das Ganze herauszugeben wäre, eben weil er nicht Eigenthümer des Ganzen als Solchen seyn kann; und er kann es auch nicht so vindiciren, daß, wenn einzelne Stücke ihm nicht gehören, nun eine Quote des Ganzen zu vindiciren wäre.

Wie sollte es auch möglich seyn, das Eigenthum am ideellen Ganzen als Solchem zu erwerben? Zwar meint Warnkönig, es lasse sich die Frage aufwerfen, ob nicht eine Heerde als Solche Gegenstand der Tradition seyn könne, und er bemerkt hierüber: „Folgen wir der *l.* 30 §. 2 cit.: so muß die Frage „verneint werden, und doch kann eine Heerde als universitas „Gegenstand eines Kaufs seyn nach *l.* 35 §. 6 **D. d. C. E.**; „warum sollte nicht tradirt werden können, was verkauft werden „kann? Wir finden ja in der except. rei vend. et trad. beide „Rechtsgeschäfte immer zusammen genannt." Was diese Bemerkung betrifft: so hat die *l.* 35 §. 6 blos die Frage über die Obligation zum Gegenstande und über das Perfectseyn des Kaufs. Wird eine bestimmte Heerde im Ganzen um eine Summe verkauft: so ist eine nähere Bestimmung des Verkauften, eine Auswahl u. dergl. nicht, wie bei einem Genus, nöthig; der Kauf ist also sofort perfect, weil der Gegenstand schon genau bestimmt ist; dieß und nichts Anderes will die angeführte Stelle sagen. Soll aber die Heerde übergeben werden: so sind eben die einzelnen Stücke zu übergeben; denn ein Begriffsganzes kann man nicht als Solches, sondern nur in den einzelnen Stücken tradiren; aber allerdings hat der Käufer für alle einzelne Stücke, mögen sie dem Verkäufer gehört haben oder nicht, die exceptio rei venditae, wenn der Letztere einzelne Stücke wieder zurückfordern wollte[8]. Das Eigenthum jedoch, das man durch

8) Ueberhaupt begreife ich es nicht recht, wenn Warnkönig fragt: „Warum sollte nicht tradirt werden können, was verkauft werden kann?" Eine Forderung z. B. kann verkauft, aber nicht tradirt, sondern blos cedirt werden.

Tradition erwirbt, ergreift nur die einzelnen Stücke, welche wirklich tradirt wurden, gerade wie der Besitz nur die einzelnen Stücke, die man in die Gewalt bekommt, ergreift. Schenkt mir Jemand z. B. seine Schaafheerde: so erwerbe ich das Eigenthum nur an den einzelnen Stücken, die er mir übergab, und zwar nur an denen, die ihm wirklich gehörten; ist daher unter den übergebenen Stücken eines, das ihm nicht gehörte: so erwerbe ich an diesem das Eigenthum nicht, vielmehr kann der Eigenthümer es von mir vindiciren (D. de R. V. *l.* 23 §. 5); es wird also in allen diesen Beziehungen die Heerde nicht als ein juristisches Ganzes behandelt.

Was die Interdicte betrifft: so wird es bei diesen allerdings so zu halten seyn, wie bei der Eigenthumsklage. Der Besitz ergreift nur die einzelnen Sachen, wie das Eigenthum. Wie man aber unter gewissen Modificationen das Ganze vindiciren kann, obwohl nur die einzelnen Sachen vom Eigenthum ergriffen werden, so wird man auch unter denselben Voraussetzungen in Beziehung auf die Gesammtheit der körperlichen Sachen ein Interdict anstellen können; ergibt es sich aber von einzelnen darunter begriffenen Stücken, daß die Voraussetzungen des Interdicts in Beziehung auf diese nicht vorliegen: so wirkt in Beziehung auf diese das Interdict nicht, wie bei der Vindication des Ganzen die einzelnen Stücke, deren Eigenthum dem Vindicanten nicht zukommt, nicht mit vindicirt werden können.

§. 5. Selbst auch beim Pfandrechte gilt im Wesentlichen das S. 17 Gesagte. Das dingliche Recht ergreift auch hier immer nur einzelne Sachen. Dieß schon nach dem gemeinen und nach dem früheren Württemb. Rechte. Ein näherer Nachweis aber darüber, daß gerade nach gemeinem und nach dem hierin mit demselben übereinstimmenden früheren Württemb. Rechte dieß sich so verhalte, dürfte in mancher Hinsicht nicht ohne Interesse seyn, namentlich auch für den Württemb. Juristen und den Standpunkt des neueren Württemb. Rechts, da hier, wie die Erfahrung zeigt, Mißverständnisse über das gemeine Recht auch auf das jetzt geltende Württemb. Particularrecht leicht übergetragen werden könnten.

Die Verpfändung einer Sachgesammtheit, eines sachlichen

Begriffsganzen, war nach gemeinem und nach dem früheren Württemb. Rechte zulässig. Allein diese Zulässigkeit heißt nichts Anderes, als daß auch unbestimmte künftige Sachen, die unter das Begriffsganze fallen, zum Voraus für den Fall, daß man sie zum Begriffsganzen hinzu erwerben würde, sollen verpfändet werden können, und in gewissen Fällen, daß Sachen, die zum Begriffsganzen gehörten, zur Zeit der Realisirung des Pfandrechts aber unter demselben nicht mehr enthalten sind, vom Pfandnexus nicht weiter ergriffen werden. Sie bezieht sich also nur auf die Bezeichnung und Bestimmung des Gegenstandes des Pfandrechts und auf den Umfang, in welchem einzelne Gegenstände von dem Pfandrechte ergriffen werden oder ergriffen bleiben. Das Pfandrecht selbst aber ergreift immer nur die einzelnen Sachen, die unter der Gesammtheit enthalten sind oder zu derselben hinzukommen, und zwar in der Regel bleibend, so daß der Pfandnexus auf ihnen haften bleibt, wenn sie auch von dem verpfändeten Ganzen getrennt werden und nicht mehr zu demselben gehören. In dieser Hinsicht wird sogar hier das ganze Vermögen, die s.g. universitas juris, in wenigeren Beziehungen als Gesammtheit oder als Begriffsganzes behandelt, als es manche andere universitates werden, die man zu den s.g. universitates facti zählt. Dieses wird sich erweisen, wenn man die drei Hauptfälle, welche die Quellen hier hervorheben, näher ins Auge faßt. Sie sind

a. Verpfändung eines Waarenlagers. Bleibt das Waarenlager in den Händen des Verpfänders und zwar als Waarenlager: so muß die Absicht der Parthieen dahin gehen, daß es seinem Zwecke gemäß fortbehandelt werde. Der Verpfänder aber würde natürlich keinen Käufer aus dem Waarenlager finden, wenn jedes Stück, das er verkauft, dem Pfandnexus unterworfen bliebe; von der anderen Seite aber würde bei lebhaftem Gange des Geschäfts bald nichts mehr für das Pfandrecht übrig seyn, wenn nicht auch die neuen Waaren, durch welche das Lager ergänzt wird, unter den Pfandnexus fallen würden. Deßhalb muß in jenem Falle bei der Verpfändung eines Waarenlagers die Absicht der Parthieen dahin gehen, daß das Lager in Beziehung auf Veräußerung der einzel-

nen dazu gehörigen Sachen und Erwerb neuer Sachen als Gesammtheit behandelt werde, und deßhalb gilt hier nach der Absicht der Parthieen und nach der Natur des vorliegenden Verhältnisses der Grundsatz, daß Sachen, die der Verpfänder aus dem Lager veräußert, vom Pfandnexus frei werden, Sachen, die er später in sein Waarenlager erwirbt, unter den Pfandnexus fallen, daß überhaupt das Pfandrecht blos an den Sachen, aber auch an allen den Sachen realisirbar ist, welche zur Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts im Waarenlager enthalten sind (**D. XX**, 1. d. pign. *l.* 34 pr.). Also auch hier haftet das Pfandrecht eben an den einzelnen Sachen, die zur Zeit seiner Realisirung vorhanden sind; an einem Begriffe kann es nicht haften (dieß sagt auch geradezu die *l.* 34 cit.); nur sind die einzelnen Sachen blos durch die Bezeichnung des Begriffsganzen näher bestimmt und es findet wegen des der Natur des betreffenden Begriffsganzen gemäßen Wechsels auch ein Wechsel in den einzelnen Sachen statt, welche dem Pfandnexus unterworfen werden.

b. Pfandrecht an Heerden. Wird eine Heerde, wird überhaupt sonst ein Inbegriff von Sachen als Begriffsganzes, als Gesammtheit verpfändet: so ist eben hierdurch ausgesprochen, daß auch die Sachen unter den Pfandnexus fallen sollen, welche später hinzukommen. Wäre dieß nicht die Absicht: so müßten die Parthieen die einzelnen Sachen, auf welche sich das Pfandrecht beschränken soll, als Solche bezeichnen, oder die Verpfändung auf die zur Zeit der Verpfändung gegenwärtigen Sachen, z. B. auf die Heerde wie sie jetzt ist, beschränken. Aber eben in der Unterlassung dieser Bezeichnung und Beschränkung, in der blosen allgemeinen Bezeichnung des Einzelnen lediglich durch den Begriff des Ganzen liegt jene Absicht bestimmt (**D.** d. pign. *l.* 13 pr., vergl. auch *l.* 32). Aus jener allgemeinen Bezeichnung kann man aber blos diese letztere Absicht schließen, nicht auch die Absicht, daß das aus der Gesammtheit vom Verpfänder Wegveräußerte vom Pfandnexus frei werde, daß das Pfandrecht blos an den Stücken realisirbar seyn solle, welche zur Zeit der Geltendmachung desselben sich noch in den Händen des Verpfänders befinden. Das, was bei Waa-

renlagern, überhaupt bei solchen Sachgesammtheiten gilt, in deren Natur ein steter Wechsel durch Veräußerungen liegt, kann man auf andere Gesammtheiten nicht ausdehnen, weil dieß nicht in der Natur des Begriffsganzen an sich liegt [9].

Uebrigens ist bei einer bloßen allgemeinen Bezeichnung der Sachen, welche verpfändet werden sollen, wohl darauf zu achten, ob die Parthieen sämmtliche Sachen, auf welche die allgemeine Bezeichnung paßt, wenn sie auch zur Zeit der Verpfändung noch nicht vorhanden waren, oder ob sie blos die gegenwärtigen Sachen, die zur Zeit der Verpfändung unter der allgemeinen Bezeichnung enthalten sind, im Auge haben, ob sie also wirklich ein Begriffsganzes, eine Gesammtheit verpfänden wollten oder nicht. Ist Ersteres nicht sicher: so ist das Pfandrecht nur auf die zur Zeit der Verpfändung vorhanden gewesenen Sachen zu beschränken (z. B. *l.* 26 §. 2 de pign.). Immer aber ergreift das Pfandrecht blos die einzelnen Sachen; nur entscheidet die Art der Bezeichnung und die Natur des Gegenstandes darüber, welche einzelne Sachen ergriffen werden oder bleiben sollen, ob auch die später hinzukommenden und ob auch die später wegveräußerten.

c. Verpfändung des gesammten Vermögens. Gerade in diesem Falle zeigt sich wieder ganz besonders die Unrichtigkeit und Unhaltbarkeit der älteren Theorie über universitas juris. Es gilt bei der Verpfändung dieser s.g. universitas juris durchaus nicht etwas Anderes, als was bei der Verpfändung einer s.g. universitas facti gilt; es gilt hier nicht einmal das Besondere, was bei den ihrer Natur nach einem steten Verkehrswechsel unterworfenen Gesammtheiten (lit. a.) gilt, sondern nur, was bei den übrigen Sachgesammtheiten gilt, und von einem unbedingten succedere rei in locum pretii und umgekehrt ist hier gar nicht die Rede. Was aber hier gilt, erklärt sich keineswegs aus einer besonderen Eigenthümlichkeit der s.g. universitates juris.

---

9) Hieraus ergibt sich, daß Diejenigen Unrecht haben, welche das in dieser Beziehung bei Waarenlagern Geltende auf alle Begriffsganze ausdehnen wollen. Vergl. auch die bei Mühlenbruch Pandect. §. 302 Note 11 Angeführten.

Verpfände ich mein ganzes Vermögen überhaupt: so kann meine Absicht nur seyn, Alles was ich habe und (bis zur Realisirung des Pfandrechts) haben werde, zu verpfänden. Der Gegenstand, welcher verpfändet werden soll, ist hier blos durch ein allgemeines Merkmal (mein Vermögen) bezeichnet [10], und Alles, was dieses Merkmal an sich trägt oder später tragen wird (also auch die res futurae), ist verpfändet, ohne daß eine besondere Bezeichnung der einzelnen Stücke nöthig wäre [11]. Allein das dingliche Recht kann doch nur an den einzelnen Sachen und Forderungen wirklich werden, die zu meinem Vermögen gehören; es ergreift die einzelnen Gegenstände, welche ich zur Zeit der Verpfändung in meinem Vermögen habe, und an den später erworbenen wird es existent und wirklich, wenn ich sie erwerbe, also erst, wenn sie dadurch insofern individualisirt und bestimmt werden (wie überhaupt bei der Verpfändung einer zukünftigen Sache, namentlich in den Fällen der *l.* 15 pr. D. de pign. und des Württemb. Pfandges. v. 1825 Art. 49 Nr. 2, 3). Es bleibt aber der Pfandnexus an den einzelnen Sachen haften, wenn sie einmal zum Vermögen erworben wurden, sollten sie auch später aus dem Vermögen wieder veräußert werden, also zur verpfändeten Gesammtheit zu gehören aufhören, so daß somit auch gegen den dritten Erwerber das Pfandrecht geltend gemacht werden kann [12].

---

10) Aber nicht nach einem blosen Gattungsmerkmal (im Sinne des §. 38 des Handb.); denn durch die Bezeichnung der Sache als einer solchen, die zu meinem Vermögen gehörig ist oder seyn wird, sind die einzelnen Sachen gegenüber von anderen bestimmt bezeichnet. Es handelt sich hier nicht von einem eigentlichen Genus, d. h. von einer blos nach Gattungsmerkmalen bezeichneten Sache. Eine solche kann man gar nicht verpfänden; s. unten.

11) C. VIII, 17 quae res pign. cst. 9. Im früheren Röm. Rechte war es sogar nicht einmal angenommen, daß durch die Verpfändung des Vermögens überhaupt auch die später erworbenen Vermögenstheile ergriffen werden; es mußte ausdrücklich auch auf sie die Verpfändung erstreckt werden, z. B. durch die Formel: quidquid in bonis habeo, habiturusve sim.

12) S. mein Handbuch B. I. S. 602, 603. Wenn dort angeführt ist, daß v. Bolley dieß bezweifelte: so freue ich mich, hier bemerken zu können, daß Bolley später mich versicherte, von der Richtigkeit meiner dort gegebenen Ausführung vollkommen überzeugt worden zu seyn.

Hiernach hatte die Zulässigkeit der Verpfändung von Sachgesammtheiten nach dem gemeinen und dem älteren Württemb. Rechte nur die Bedeutung: es kann an einzelnen Sachen ein Pfandrecht entstehen, wenn sie auch nicht als einzelne bezeichnet, sondern nur unter einem Begriffsganzen, das als Solches genau bezeichnet wird (mein Vermögen, mein Waarenlager, meine Heerde), enthalten sind, und hier wird dann das Pfandrecht auch auf die einzelnen Sachen erstreckt, welche später zum Begriffsganzen hinzukommen, bleibt aber an allen einzelnen unter der Gesammtheit enthalten gewesenen oder zu demselben hinzugekommenen Sachen haften, sollten sie auch von der Gesammtheit wegveräußert werden; nur die unter lit. a. S. 21 angeführten Fälle machen von Letzterem eine Ausnahme.

Ein eigentliches wahres Genus aber (mein Handb. B. II. §. 38) kann als Solches nie verpfändet werden. Wenn z. B. Jemand sagen würde, er verpfände hiermit seinem Gläubiger irgend ein gutes, sechsjähriges, zugerittenes Pferd, oder überhaupt hundert Gulden, hundert Scheffel Korn, Eines seiner Pferde: so ist, was die Entstehung des Pfandrechts selbst betrifft, damit noch nichts gesagt. Es kann dadurch nur die Verpflichtung, eine solche Sache zum Pfande erst zu geben, gemeint seyn. So lange dieses aber nicht geschehen, so lange die Sache nicht genau bestimmt und individualisirt ist, kann das Pfandrecht nicht existent werden; es muß, wenn das Pfandrecht wirklich entstehen soll, die Sache auf irgend eine Weise so bestimmt werden, daß das Recht ein fixirtes und von anderen Sachen desselben Genus unterscheidbares Object bekommt. Dieß geschieht aber auch dann, wenn ein Begriffsganzes verpfändet, aber dasselbe als Solches genau, so daß es von jedem anderen Begriffsganzen sich unterscheidet (z. B. mein Waarenlager), bezeichnet wird.

§. 6. Was nun die Frage betrifft, ob auch nach dem neueren Württemb. Rechte, nach der Pfandgesetzgebung von 1825, Sachgesammtheiten oder sachliche Begriffsganze mit der oben ausgeführten Bedeutung und Wirkung verpfändet werden können: so ist dieselbe für einen Fall, aber blos für einen, zu bejahen, nämlich für den Fall, wenn mit einer Liegenschaft Zugehörungen derselben (im eigentlichen Sinne) zu Unterpfand bestellt wer-

den, d. h. ein öffentliches, in das Pfandbuch einzutragendes, Pfandrecht an Denselben eingeräumt wird. Von diesem besonderen Falle wird in der zweiten Erörterung gehandelt werden.

Nach manchen Württemb. Schriftstellern aber müßte man die Frage in einer viel größeren Ausdehnnng bejahen, z. B. nach Dem, was v. Bolley Bemerkk. z. Württemb. Pfandges. II. S. 1101 und Reyscher Württemb. Privatr. §. 313 sagen. Allein daß solche weiter gehende Behauptungen unrichtig sind, dürfte sich unschwer nachweisen lassen.

Nach dem jetzigen Württemb. Rechte kann ein Pfandrecht nur entstehen in der Form eines s.g. Unterpfandes — durch Eintrag in das öffentliche Pfandbuch bei Liegenschaften oder den ihnen gleichgesetzten Rechten — oder in der Form eines Faustpfandes, durch Besitzübertragung der zu verpfändenden Sache bei beweglichen Sachen, und bei zu verpfändenden Forderungen durch Einhändigung der sie beweisenden Urkunde.

Was nun das Unterpfand, die Verpfändung von Liegenschaften und den ihnen gleichgestellten Rechten betrifft: so kann ein solches Unterpfand nur bestellt werden auf „bestimmten besonders bezeichneten Gegenständen," welche zur Zeit der Verpfändung im Eigenthum des Verpfänders sind (Pfandges. Art. 10) [13]. Aus dieser Bestimmung, in Ver-

---

13) Im Entwurfe des Pfandgesetzes hieß es: „ein Unterpfand kann nur „auf einzelne bestimmte Vermögensstücke bestellt werden." Dafür wurden im Gesetze die Ausdrücke „bestimmte, besonders bezeichnete Gegenstände" gesetzt, aber nicht, um vom Entwurfe in der Sache abzuweichen, sondern blos, um das befürchtete Mißverständniß abzuschneiden, als ob nicht auch ein Gütercomplex, z. B. ein Landgut, ohne spezielle Bezeichnung jedes einzelnen dazu gehörigen Stücks verpfändet werden könnte. Die Aenderung wurde daher blos als Sache der Redaction betrachtet (Ständ. Verhandlungen v. 1823 u. 1824 III. außerord. Beil.Heft S. 229, 287, u. Heft IX S. 735). Uebrigens war der Zweifel bei der Fassung des Entwurfes nicht recht begründet. Denn auch bei einem Gütercomplexe dachten weder Regierung noch Stände daran, ihn als juristische Gesammtheit, als Begriffsganzes für möglichen Gegenstand eines Unterpfandes zu erklären, und wenn dem so ist: so ist auch der Gütercomplex eben eine einzelne bestimmte Sache, ein größeres Gut, zu dessen näherer Bezeichnung so wenig die Beschreibung jedes

bindung mit Dem, was der Art. 10 des Pfandgesetzes über die Unzulässigkeit der Verpfändung der Gesammtheit des gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens sagt, und derselbe Artikel sowie die Artt. 5 und 6 über die Nothwendigkeit festsetzen, daß die zu verpfändende Liegenschaft zur Zeit der Verpfändung im Eigenthum des Verpfänders sey oder, wenn sie im Eigenthum eines Dritten ist, mit Zustimmung desselben verpfändet werde, geht hervor, daß die zu verpfändende Liegenschaft als einzelne genau bezeichnet werden muß, so daß sie sofort durch ihre Bezeichnung individuell kenntlich ist, daß somit z. B. die allgemeine Bezeichnung: „alle Liegenschaft, die im Eigenthum des Verpfänders ist" nicht genügt und noch viel weniger die Bezeichnung: „alle „Liegenschaft, die der Verpfänder in sein Eigenthum künftig erwerben wird;" denn im ersteren Falle wäre namentlich der Gegenstand kein besonders bezeichneter [14], im letzteren Falle wäre eine erst zukünftige Sache verpfändet, was das Pfandrecht bei Liegenschaften und ihnen gleichstehenden Rechten nicht zuläßt [15]).

---

einzelnen dazu gehörigen Feldes nöthig ist, als zur Bezeichnung eines einzelnen verpfändeten Ackers die Beschreibung jeder Ruthe desselben erfordert wird.

14) Die Bezeichnung der Sache muß sich unmittelbar, objectiv auf die Sache selbst beziehen, die Sache in ihrer Besonderheit kenntlich machen, so daß schon dadurch die Sache unmittelbar bestimmt und erkennbar ist; sie darf nicht blos gegeben werden durch eine subjective Beziehung auf ihren Eigenthümer, wodurch die Sache selbst nur mittelbar bezeichnet, die Beschreibung sich nicht direct auf die Sache selbst beziehen und der Gegenstand nicht sofort aus der Bezeichnung sich erkennen lassen würde. Es muß also die Liegenschaft unmittelbar nach ihrer Lage oder sonstigen Beschaffenheit so beschrieben werden, daß sie direct zu erkennen und von anderen Liegenschaften zu unterscheiden ist. Vergl. auch Reyscher W. Privatr. §. 327.

15) Auch die Verpfändung einer künftigen Sache für den Fall, daß der Verpfänder später sie erwerben werde, ist ungültig. Pfandges. Art. 5, 6, 10, 180. Zwar ist Mayer Comm. zum Pfandges. I. S. 91 andrer Ansicht; allein gegen Worte und Geist des Pfandgesetzes. Auch wird dieß durch die ständischen Verhandlungen durchaus bestätigt. Die Motive zum Gesetzes-Entwurfe sagen: Gegenstand des Unterpfands können keine Gesammtheiten und keine erst ins Künftige etwa zu erwerbende Sachen seyn, weil das Unterpfand nur auf demjenigen Gute erworben werde, worauf es im öffentlichen Buche eingetragen wurde (Verhandl. v. 1823 u. 1824 III. Beil.H. S. 72; s. auch das. S. 229). Nur wurde auf den Antrag der ständ. Commission eine Ausnahme bei Gesammtheiten von be-

Es ergibt sich schon hieraus, daß von einer Verpfändung eines Begriffsganzen als Solchen, falls Liegenschaften darunter enthalten sind, gar nicht die Rede seyn kann, schon weil Liegenschaften, die der Verpfänder später erst erwirbt, nicht unter den Pfandnexus fallen können. Der Pfandnexus haftet blos auf den einzelnen Sachen, welche als besonders bezeichnete der Verpfändung ausdrücklich unterworfen wurden. Keine Ausnahme hievon macht die nach Art. 189 des Pfandgesetzes zulässige Verpfändung eines Gütercomplexes. Zwar sagt ein von Bolley a. a. O. mitgetheilter Erlaß des Obertribunals, daß „auch „Gütercomplexe, mithin Gesammtheiten als ein Ganzes" verpfändet werden können, und will daraus herleiten, daß das Gesetz nicht von dem Erfordernisse ausgehe, daß nur einzelne Gegenstände als Solche verpfändbar seyen. Allein das Pfandgesetz gibt keineswegs die Verpfändung eines Gütercomplexes als eines juristischen Ganzen, als eines Begriffsganzen, zu; es will, wie auch schon Mayer in seinem Comment. z. Württ. Pfandg. I. S. 180 bemerkt, nur eine Bestimmung über die Art der nothwendigen Beschreibung der einzelnen zu verpfändenden Güter geben, und dieses sagt auch der Art. 189 ganz unzweideutig, wenn er bestimmt, daß, wenn ein Gut verpfändet werde, welches aus einem Complexe verschiedener Grundstücke bestehe, „eine allgemeine Bezeichnung des ganzen Gutscomplexes „und seines Flächengehaltes nach den verschiedenen Arten von „Gütern mit Hinweisung auf die Urkunden, in welchen die einzelnen Bestandtheile beschrieben sind, genüge." Durch eine solche Bezeichnung des Complexes werden alle einzelne, dazu gehörige, Theile genau bestimmt; das Pfandrecht haftet blos auf diesen sämmtlichen einzelnen Theilen. Was daher etwa später der Eigenthümer zum Gutscomplexe hinzuerwirbt, fällt nicht unter das Pfandrecht, eben weil es unter dieser ursprünglichen Beschreibung und Verpfändung des Güter-

---

weglichen Zugehörungen einer Liegenschaft gemacht (das angef. Beil.H. S. 295, 386, 438 und Heft IX S. 743). Ueber diesen Fall s. die II. Erört. — Allerdings fallen aber unter den Pfandnexus der spätere eigentliche Zuwachs einer verpfändeten Liegenschaft (s. zweite Erört) und Realrechte, die mit der Liegenschaft selbst verbunden werden (s. mein Handbuch B. II. §. 41 a. E.).

complexes nicht enthalten war; was er davon wegveräußert, bleibt verpfändet, weil das Pfandrecht auf allen Theilen des Complexes als einzelnen haftet; es ist also hier nicht entfernt ein Fall der Verpfändung eines Begriffsganzen vorhanden [16].

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, daß das Pfandrecht, welches durch Eintrag in das Pfandbuch entsteht (Unterpfand), an einem Begriffsganzen als Solchem gar nicht bestellt werden kann (außer in dem Falle der Verpfändung einer Gesammtheit von beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft; s. die zweite Erörterung).

Die zweite Weise, wie nach der Württ. Pfandgesetzgebung allein noch ein Pfandrecht entstehen kann, ist Besitzübertragung

---

16) S. auch die Note 13 a. E. und mein Handbuch B. II. §. 41. — Eine andere Frage ist es, welche Bezeichnung genüge, wenn Rechte, die den Liegenschaften in Beziehung auf Verpfändung gleichgesetzt sind, z. B. Grundgefälle verpfändet werden. Auch hier kann es keinen Zweifel leiden, daß nur solche Rechte verpfändet werden können, die zur Zeit der Verpfändung dem Verpfänder bereits gehören. Was aber die zur Verpfändung nothwendige Bezeichnung der Rechte selbst betrifft: so kann es nicht genügen, wenn ein Gutsherr z B. „sämmtliche in der Gemeinde N. N. ihm zustehende, aus der Gutsherrlichkeit „entspringende, Einkünfte" blos unter dieser allgemeinen Bezeichnung verpfänden wollte. Zwar scheint hier der angef. Erlaß des O. Tribunals anderer Ansicht zu seyn; allein er selbst sagt, daß in einem solchen Falle „das Object der „Verpfändung ziemlich genau bezeichnet sey." Eine „ziemlich genaue Bezeichnung" aber genügt nach dem Pfandgesetze nicht, sondern es verlangt bestimmte, besonders bezeichnete Gegenstände, welche durch ihre Bezeichnung individuell erkennbar sind. Allerdings scheint jener Erlaß sich ebenfalls mit Jenem nicht zu begnügen, sondern noch zu verlangen, daß wenigstens im Allgemeinen angegeben werde, worin jene gutsherrlichen Einkünfte bestehen. Indessen kann eine blose allgemeine Angabe dieser Art nicht genügen, sondern es ist genau zu bestimmen, von welchen Rechten im Einzelnen es sich handelt. Steht z. B. dem Gutsherrn der große Zehnte in der ganzen Markung zu, soweit sie zehntbar ist: so wird es allerdings genügen, wenn blos unter dieser Bezeichnung sein Recht verpfändet wird; eine Beschreibung der einzelnen Güterstücke, auf welchen der Zehnte haftet, wäre nicht nöthig. Würde ihm aber blos ausnahmsweise an einzelnen Gütern ein Zehntrecht zustehen: so müßte dieses Zehntrecht doch genau bezeichnet werden; eine Bezeichnung, welche blos dahin ginge: „das dem N. N. auf einzelnen Gütern der Markung N. zustehende Zehnt„recht werde verpfändet," könnte hier so wenig genügen, als es genügen würde, wenn in das Unterpfandsbuch eingetragen wird, daß alle Grundstücke, die in der Markung dem N. N. gehören, an den X. verpfändet seyen.

der zu verpfändenden Sache (bei Forderungen Uebergabe ihrer Beweisurkunde — Faustpfand). Kann nun ein solches Faustpfand an Sachgesammtheiten, an einem wahren Begriffsganzen als Solchem, bestellt werden?

So viel ich weiß, bejaht dieß kein Württ. Schriftsteller, außer Reyscher. Dieser sagt nämlich (Württ. Privatr. §. 313): „Auch jetzt noch kann ein Inbegriff gleichartiger beweglicher Sa„chen (univ. facti) z. B. eine Heerde, ein Waarenlager, eine „Bibliothek verpfändet werden, und in diesem Falle unterliegen „dem Pfandrechte von selbst auch die einzelnen Sachen, welche „nach der Verpfändung der Gesammtheit einverleibt werden, wo„gegen, sofern ein Wechsel unvermeidlich ist, diejenigen Bestand„theile, welche daraus veräußert werden, mit der Hinweggabe „vom Ganzen aufhören, mit dem Pfandnexus behaftet zu seyn." Für das Letztere citirt er in der Note 2 Warnkönigs oben angeführte Abhandlung und verweist auf die verschiedenen über diese Frage bei Glück und Sintenis ausgeführten Ansichten.

Hiergegen ließe sich schon bemerken, daß es, was die berührten Citate betrifft, bei der vorliegenden Frage gar nicht auf das gemeine Recht ankommt, sondern auf Das, was die Württ. Pfandgesetzgebung bestimmt und was ihrem Sinne und Geiste gemäß ist. Bezieht man nun Das, was Reyscher sagt, blos auf den Fall, wenn ein solches Begriffsganzes als Zugehörung einer Liegenschaft mit derselben zum Unterpfande (nicht zum Faustpfande) bestellt wird: so ist allerdings richtig, daß es als Begriffsganzes zum Unterpfande bestellt werden kann (s. die zweite Erörterung). Aber unrichtig ist dann, wie in der zweiten Erörterung näher nachgewiesen werden wird, die Beschränkung, welche Reyscher in Beziehung auf das Aufhören des Pfandnexus an Sachen, welche vom Ganzen weggegeben werden, macht; dieses Aufhören des Pfandrechts tritt in diesem Falle nicht blos bei solchen Gesammtheiten ein, bei welchen ein Wechsel unvermeidlich ist, sondern bei allen zum Unterpfande bestellten Gesammtheiten von Zugehörungen der Liegenschaft. Es ist ferner unrichtig, wenn Reyscher Das, was er sagt, auf Gesammtheiten gleichartiger beweglicher Sachen beschränkt. Schon das Waarenlager, das er selbst hierher rechnet, besteht selten aus

gleichartigen Sachen; eben so wenig ist dieß bei einem gesammten Gutsinventar der Fall, das ganz unbezweifelt ebenfalls als Zugehörung einer Liegenschaft zu Unterpfand bestellt werden kann.

Reyscher bezieht aber Das, was er in jener Stelle sagt, nicht blos auf den Fall, wenn eine Gesammtheit von Zugehörungen einer Liegenschaft mit der Liegenschaft zu Unterpfand bestellt wird. Denn er sagt in der Note 1 zu jener Stelle nach Anführung des Art. 51 des Pfandgesetzes: „Hier (in Art. 51) ist zwar nur „von der Verpfändung solcher Gesammtheiten als Zugehörden „von Immobilien die Rede; allein Dasselbe gilt auch von der „selbstständigen Bestellung zu Faustpfand. Wenigstens „ist hierin das bisherige Recht nicht abgeändert; worüber Leyser „Meditt. ad Pand. spec. 223, Hofacker Princ. §. 1168."

Hiernach soll ein aus beweglichen Sachen bestehendes Begriffsganzes als Solches selbstständig zu Faustpfand bestellt werden können und dabei der Grundsatz gelten, daß Sachen, welche nach der Verpfändung der Gesammtheit einverleibt werden, ebenfalls dem Pfandrechte unterliegen, dagegen, sofern ein Wechsel unvermeidlich ist, die daraus veräußerten Bestandtheile eben damit aufhören, vom Pfandnexus behaftet zu seyn, und dieß behauptet Reyscher mit Beziehung auf das frühere Recht unter Berufung auf Leyser und Hofacker, also auf das gemeine Recht.

Spricht aber wohl hiefür irgend das frühere Recht? Leyser und Hofacker geben in den angeführten Stellen nur den Satz des gemeinen Rechts, daß, wenn ein Begriffsganzes als Solches verpfändet wird, auch die später zu demselben hinzukommenden Sachen unter den Pfandnexus fallen. Hier ist aber wohl zu beachten, daß das gemeine Recht die Beschränkungen gar nicht kennt, welche das Württ. Recht bei Verpfändung beweglicher Sachen macht, daß vielmehr nach gemeinem Rechte bewegliche Sachen, somit auch eine Gesammtheit beweglicher Sachen, selbstständig in der Form der Hypothek verpfändet, nach Württ. Rechte aber solche Sachen selbstständig blos zu Faustpfand gegeben werden können. Von Letzterem aber, von der Bestellung einer Gesammtheit von Sachen blos zu Faustpfand, sprechen Leyser und Hofacker nicht.

Es ergibt ſich ſchon hieraus, daß von einer Verpfändung eines Begriffsganzen als Solchen, falls Liegenſchaften darunter enthalten ſind, gar nicht die Rede ſeyn kann, ſchon weil Liegenſchaften, die der Verpfänder ſpäter erſt erwirbt, nicht unter den Pfandnexus fallen können. Der Pfandnexus haftet blos auf den einzelnen Sachen, welche als beſonders bezeichnete der Verpfändung ausdrücklich unterworfen wurden. Keine Ausnahme hievon macht die nach Art. 189 des Pfandgeſetzes zuläſſige Verpfändung eines Gütercomplexes. Zwar ſagt ein von Bolley a. a. O. mitgetheilter Erlaß des Obertribunals, daß „auch „Gütercomplexe, mithin Geſammtheiten als ein Ganzes“ verpfändet werden können, und will daraus herleiten, daß das Geſetz nicht von dem Erforderniſſe ausgehe, daß nur einzelne Gegenſtände als Solche verpfändbar ſeyen. Allein das Pfandgeſetz gibt keineswegs die Verpfändung eines Gütercomplexes als eines juriſtiſchen Ganzen, als eines Begriffsganzen, zu; es will, wie auch ſchon Mayer in ſeinem Comment. z. Württ. Pfandg. I. S. 180 bemerkt, nur eine Beſtimmung über die Art der nothwendigen Beſchreibung der einzelnen zu verpfändenden Güter geben, und dieſes ſagt auch der Art. 189 ganz unzweideutig, wenn er beſtimmt, daß, wenn ein Gut verpfändet werde, welches aus einem Complexe verſchiedener Grundſtücke beſtehe, „eine allgemeine Bezeichnung des ganzen Gutscomplexes „und ſeines Flächengehaltes nach den verſchiedenen Arten von „Gütern mit Hinweiſung auf die Urkunden, in welchen die einzelnen Beſtandtheile beſchrieben ſind, genüge.“ Durch eine ſolche Bezeichnung des Complexes werden alle einzelne, dazu gehörige, Theile genau beſtimmt; das Pfandrecht haftet blos auf dieſen ſämmtlichen einzelnen Theilen. Was daher etwa ſpäter der Eigenthümer zum Gutscomplexe hinzuerwirbt, fällt nicht unter das Pfandrecht, eben weil es unter dieſer urſprünglichen Beſchreibung und Verpfändung des Güter-

---

weglichen Zugehörungen einer Liegenſchaft gemacht (das angef. Beil.H. S. 295, 386, 438 und Heft IX S. 743). Ueber dieſen Fall ſ. die II. Erört. — Allerdings fallen aber unter den Pfandnexus der ſpätere eigentliche Zuwachs einer verpfändeten Liegenſchaft (ſ. zweite Erört) und Realrechte, die mit der Liegenſchaft ſelbſt verbunden werden (ſ. mein Handbuch B. II. §. 41 a. E.).

Wäre auch bei der Verpfändung von Fahrnißstücken ein solches constitutum possessorium nach Württ. Rechte zulässig: so würde doch das Letztere nicht daraus folgen. Da nämlich nach Württ. Rechte an Fahrnißstücken, sofern von ihrer selbstständigen Verpfändung es sich handelt, nur ein Faustpfand möglich ist: so müßte, wenn die neuen Stücke, welche der Verpfänder zum Ganzen hinzuerwirbt, ebenfalls unter den Faustpfandnexus fallen sollten, in Beziehung auf sie wieder nothwendig ein besonderes constitutum possessorium eingegangen werden. Denn der Gläubiger kann an ihnen den Besitz, sey es auch durch ein constitutum possessorium, nur durch eine auf ihre Besitzerwerbung speciell gerichtete Absicht erwerben; ohne Besitzerwerbung aber kann er nach Württ. Rechte kein Pfandrecht an ihnen bekommen.

Wollte man aber auch je hieran zweifeln: so ist die Sache doch ganz unzweifelhaft nach der besonderen Bestimmung des Württ. Rechts über die Unzulässigkeit eines constitutum possessorium bei der Faustpfandsbestellung, und es ist auffallend, daß bei dieser ganzen Frage Reyscher sich blos auf gemeinrechtliche Schriftsteller beruft. Nach Württ. Rechte ist nämlich die Bestellung einer Sache zum Faustpfand durch ein constitutum possessorium bei körperlichen beweglichen Sachen ganz unzulässig. Zwar waren die Commentatoren des Pfandgesetzes von 1825 in dieser Hinsicht anderer Meinung (z. B. Mayer, v. Bolley, Seeger); sie glaubten, es könne ein Faustpfand an beweglichen Sachen wohl auch so bestellt werden, daß der Verpfänder die Sache in Händen behält und nur durch ein constitutum possessorium den Besitz im engeren Sinne auf den Gläubiger überträgt. Allein abgesehen davon, daß diese Ansicht schon nach Art. 245 des Pfandgesetzes sich mit Grund in Zweifel ziehen lassen würde: so wurde einige Jahre später durch das Pfandentwicklungsgesetz von 1828 die Frage unzweifelhaft entschieden, indem dasselbe in seinem Art. 40 bestimmt: „Ein Faust„pfand kann ordentlicher Weise nicht bestellt werden, wenn „der Schuldner selbst die verpfändete Sache in Hän„den behält (Pf. Ges. Art. 245). Von dieser Regel findet in „Folge einer Verabredung zwischen dem Schuldner und Gläubi-

Fassen wir nun aber den letz… wird sich unschwer ergeben, daß … auch solcher (zu Faustpfand … Solches nicht zu Faustpfand … welche entweder in den Un… dem S. 17 Ausgeführten … oder bei öffentlichen Kassen

Das Faustpfand entst… wenn sowohl in der Schuldur… verpfändenden Sache. D… standsbuche oder bezüglichen … Sachen als Solche; … öffenden Casse bemerkt ist, daß, … Forderung verpfändet sey, und daß … Faustpfandnexus. … kunde solche im Namen jenes … als Faustpfand … allgemeiner Vertreter, oder aus ei… verpfändet, sondern … in Händen behalte."

… übergab, als … jedes constitutum possessorium zum … von den Früchten … eines Faustpfandes an (körperlichen) Fahr… Verpfändung … haft.

… Stückes … Frage betrifft, ob das Pfandrecht bei den … an solchen … gegebenen beweglichen Sachen dadurch, daß … Faustpfand … dem Ganzen weggegeben werden, an diesen auf… Sachen … auch in dieser Hinsicht aus der Württ. Pfandgesetz… dem … was Reyscher hierüber behauptet (s. oben S. 30), … Nach dem Ausgeführten nämlich kann ein Faust… … dadurch entstehen, daß es in die Hände des Gläubi… … eines Dritten, der es für den Gläubiger detinirt (der … der Verpfänder seyn darf), gegeben wird. So lange … Sache in diesen Händen ist, bleibt sie dem Faustpfande un… … verhaftet und der Verpfänder kann keine Verfügung über die … Sache zum Nachtheile des Pfandgläubigers treffen (Pfandges. Art. 255). Wie soll nun durch eine Veräußerung von Seiten des Verpfänders der Pfandnexus an einzelnen, unter dem Faust… pfande enthaltenen, Sachen aufhören?

Etwas Anderes ist es, wenn der Pfandgläubiger eine der ihm verpfändeten Sachen dem Verpfänder zurückgibt oder wenn die Sache ohne sein Zuthun in andere Hände kommt. Im er… steren Falle erlischt sein Pfandrecht an der Sache unbedingt, im letzteren Falle bleibt zwar sein Pfandrecht bestehen, er kann es aber „gegen Denjenigen nicht geltend machen, welcher in der „Zwischenzeit im guten Glauben ein Recht auf der Sache er„worben hat" (Pfandges. Art. 258). Allein dieß gilt durchaus bei allen Sachen, welche zu Faustpfand gegeben werden; mit

der Verpfändung eines Begriffsganzen hängt es nicht entfernt
sammen.

Hiernach ist es wohl außer Zweifel, daß von der Verpfän-
s Begriffsganzen als Solchen und mit den Wirkungen,
n Begriffsganzen eigenthümlich sind, nach Württ. Rechte
e nicht mehr die Rede seyn kann, außer in dem Falle, der
n der folgenden Erörterung noch näher zu entwickeln seyn wird.

„ger eine Ausnahme einzig rücksichtlich solcher (zu Faustpfand „zu bestellender) Forderungen statt, welche entweder in den Un„terpfandsbüchern eingetragen sind oder bei öffentlichen Kassen „stehen, und zwar nur alsdann, wenn sowohl in der Schuldur„kunde als auch in dem Unterpfandsbuche oder beziehungsweise „in den Schuldbüchern der betreffenden Casse bemerkt ist, daß, „gegen wen, und wofür die Forderung verpfändet sey, und daß „der Eigenthümer dieser Urkunde solche im Namen jenes „Gläubigers, als dessen allgemeiner Vertreter, oder aus ei„nem besonderen Grunde, in Händen behalte."

Es ist also hiernach jedes constitutum possessorium zum Zwecke der Bestellung eines Faustpfandes an (körperlichen) Fahrnißstücken völlig unstatthaft.

Was aber die Frage betrifft, ob das Pfandrecht bei den zum Faustpfande gegebenen beweglichen Sachen dadurch, daß einzelne Sachen vom Ganzen weggegeben werden, an diesen aufhöre: so folgt auch in dieser Hinsicht aus der Württ. Pfandgesetzgebung, daß das, was Reyscher hierüber behauptet (s. oben S. 30), unrichtig ist. Nach dem Ausgeführten nämlich kann ein Faustpfand nur dadurch entstehen, daß es in die Hände des Gläubigers oder eines Dritten, der es für den Gläubiger detinirt (der aber nicht der Verpfänder seyn darf), gegeben wird. So lange die Sache in diesen Händen ist, bleibt sie dem Faustpfande unterworfen und der Verpfänder kann keine Verfügung über die Sache zum Nachtheile des Pfandgläubigers treffen (Pfandges. Art. 255). Wie soll nun durch eine Veräußerung von Seiten des Verpfänders der Pfandnexus an einzelnen, unter dem Faustpfande enthaltenen, Sachen aufhören?

Etwas Anderes ist es, wenn der Pfandgläubiger eine der ihm verpfändeten Sachen dem Verpfänder zurückgibt oder wenn die Sache ohne sein Zuthun in andere Hände kommt. Im ersteren Falle erlischt sein Pfandrecht an der Sache unbedingt, im letzteren Falle bleibt zwar sein Pfandrecht bestehen, er kann es aber „gegen Denjenigen nicht geltend machen, welcher in der „Zwischenzeit im guten Glauben ein Recht auf der Sache er„worben hat" (Pfandges. Art. 258). Allein dieß gilt durchaus bei allen Sachen, welche zu Faustpfand gegeben werden; mit

der Verpfändung eines Begriffsganzen hängt es nicht entfernt zusammen.

Hiernach ist es wohl außer Zweifel, daß von der Verpfändung eines Begriffsganzen als Solchen und mit den Wirkungen, die dem Begriffsganzen eigenthümlich sind, nach Württ. Rechte gar nicht mehr die Rede seyn kann, außer in dem Falle, der in der folgenden Erörterung noch näher zu entwickeln seyn wird.

Zweite Erörterung.

Verpfändung der beweglichen Zugehörungen (Pertinenzen) einer Liegenschaft nach Württ. Rechte.

Die Frage über die Verpfändung der Zugehörungen einer Liegenschaft nach Württ. Rechte hängt zum Theile mit dem Gegenstande der voranstehenden Erörterung über Sachgesammtheiten zusammen. Denn diese Verpfändung bildet einen Fall, in welchem nach Württ. Rechte ein Begriffsganzes verpfändet werden kann, aber den einzigen. Um jedoch diesen Fall genau und richtig zu bestimmen, muß man vor Allem über den Begriff von Zugehörungen (Pertinenzen) sich verständigen.

§. 1. Bei den Nebensachen nämlich muß man, wie in meinem Handbuche B. II. §. 40, 41 näher gezeigt ist, zwei wesentlich verschiedene Classen wohl unterscheiden, solche Nebensachen, welche wirkliche Bestandtheile der Hauptsache bilden (wie z. B. die Pflanzen, die noch im Boden wurzeln, Gebäude, die auf dem Boden errichtet sind, die Ziegel eines Daches, die Fenster, Thüren, eines Gebäudes ꝛc. — Nebensachen im engeren Sinne, Accessionen im eigentlichen Sinne, Zuwachs der Sache), und solche Nebensachen, welche zwar als zur Hauptsache gehörig in gewissen rechtlichen Beziehungen behandelt werden, jedoch für sich bestehende, von der Hauptsache getrennte Sachen sind und mit ihr nicht in einer solchen Verbindung stehen, wodurch sie ein wirklicher Theil der Hauptsache selbst würden (Zugehörungen, Pertinenzen). Diese Unterscheidung genau zu machen und festzuhalten, ist für eine

Reihe von Rechtsverhältnissen von großer praktischer Wichtigkeit, wie dieß in meinem Handbuche B. II §. 40 und 41 bewiesen ist. Namentlich gilt von den Nebensachen der ersteren Art, welche wirkliche Bestandtheile der Hauptsache bilden, daß sie, wenn die Hauptsache unbeweglich ist, ebenfalls zu den unbeweglichen Sachen gehören, so lange sie in der betreffenden Verbindung mit der Hauptsache stehen, daß der Eigenthümer der Hauptsache, wenn mit ihr eine andere Sache als Nebensache in jene Verbindung gebracht wird, von selbst das Eigenthum dieses Nebentheils erwirbt, daß jede rechtliche Verfügung über die Hauptsache, namentlich eine Veräußerung und eine Verpfändung derselben, auch jene mit ihr verbundenen Nebensachen, und zwar nicht blos präsumtiv, sondern stets und unbedingt mit trifft, Grundsätze, welche bei den blosen Zugehörungen oder Pertinenzen einer Sache nicht gelten.

Allein unsre Schriftsteller machen in der Regel diese wichtige Unterscheidung gar nicht mit der gehörigen Bestimmtheit und Schärfe, verwirren dadurch die Sache und kommen in Unsicherheit und Schwanken in den praktischen Anwendungen und auf Grundsätze, welche entschieden unhaltbar sind. Dieß finden wir sowohl bei den Schriftstellern über das gemeine, als bei denen über das Württembergische Recht. So wirft z. B. Gesterding in seiner Abhandlung über Pertinenzen (Irrthümer der Rechtsgelehrten 1818 S. 307, 311 f., 321 f., 328 f., 351 f., 372 f.) die Pertinenzen mit den Theilen einer Sache zusammen, selbst mit den integrierenden Theilen einer Sache (obwohl er an anderen Orten, z. B. S. 349 f., sie von den Pertinenzen wieder trennt). So sagt Funcke Die Lehre v. d. Pertin. 1827 S. 9, daß die Pertinenzen durchaus den rechtlichen Verhältnissen der Hauptsache unterworfen seyen, während dieß in dieser Allgemeinheit entschieden unrichtig ist; auch schwankt er sehr zwischen der Unterscheidung der Pertinenzen und der eigentlichen Bestandtheile einer Sache, trennt sie nicht scharf genug und verwechselt sie nicht selten ganz mit einander (vergl. Denselben namentlich S. 14, 20, 24, 43, 44, 130 f., 153). Aehnlich ungenau ist Schilling Institut. II. S. 225, 227, der die mit einer Hauptsache als Theile verbundenen Sachen und namentlich den Fall der *l.* 44. d. R. V.

(die Früchte einer Sache) zu den Pertinenzen rechnet; ebenso Glück Erläut. d. Pand. XVI. S. 99, ferner Maurenbrecher, welcher in seinem Deutsch. Privatr. §. 186 bei Note 2 und nach Note 4 integrierende Theile einer Sache zu den blosen Pertinenzen zählt. Genauer trennen zwar Mühlenbruch Pandectenr. §. 225 Note 4, §. 226 und Kierulff Civilr. I. S. 330 f., indem Beide, wie es übrigens schon Hofacker Princ. jur. rom. germ. §. 728 Note b thut, die integrierenden Theile einer Sache den Pertinenzen entgegensetzen. Allein ganz genügend und erschöpfend ist auch dieser Gegensatz nicht, da Das, was doch auch wirklicher Theil einer Sache ist, nicht gerade immer ein integrierender Theil derselben genannt werden kann [1].

Was die Württ. Schriftsteller betrifft: so unterscheidet unter den Neueren Mayer Comment. z. Pfandges. I. S. 317 f., 59 f. zwischen beiden Gattungen von Nebensachen gar nicht, und kommt deßhalb zu dem Resultate, bewegliche Pertinenzen einer Liegenschaft durchaus als unbewegliche Sachen zu behandeln, und anzunehmen, daß, was im entschiedensten Widerspruche mit dem Württ. Pfandgesetze steht, nach Württ. Rechte jede Verpfändung einer Liegenschaft sich ganz von selbst auch auf alle Pertinenzen derselben erstrecke, und dabei geht er so weit, diese stillschweigende Erstreckung des Pfandrechts sogar auf solche Gegenstände zu beziehen, welche nicht einmal an sich, sondern nur in Folge besonderer Disposition der Parthieen Pertinenzen einer Sache sind, z. B. auf das Inventar eines Grundstückes. Gegen diese Resultate erklären sich zwar mit Recht die übrigen neueren Württ. Schriftsteller, namentlich Seeger, v. Bolley, v. Weishaar, Reyscher; aber auch sie unterscheiden nicht durchaus gehörig. So ist es unrichtig, wenn Seeger (Erläut. d. Pfandges. Th. I. S. 197 und in Sarweys Monatschr. B. IX. 1844 S. 368) die Bäume und Früchte zu den Zugehörungen eines Grundstückes zählt, während diese nicht Zugehörungen, sondern Theile des Grundstückes sind; ferner wenn er Alles, was erd-, band-, wand-, mauer- nied- und nagelfest ist, zu den Zugehörungen der Häuser rechnet, während Manches davon Theil des Hauses ist,

1) Vergl. Mühlenbruch §. 226 Note 5 und Hofacker l. c. §. 729.

Anderes Zugehör und Anderes weder das Eine noch das Andere (mein Handbuch B. II. §. 41). Genauer bestimmt den Begriff der Zugehörungen Reyscher Württ. Privatr. §. 107; nur rechnet auch er alles Nied- und Nagelfeste irrig zur Pertinenz der Gebäude; auch ist es unrichtig und nicht in Uebereinstimmung mit seinem §. 107 und dem Sprachgebrauche des Württ. Pfandgesetzes, wenn er im §. 316 die wirklichen Theile einer Sache, den Zuwachs, zu den Zugehörungen zählt, und noch mehr; wenn er §. 343 diejenigen Sachen, aus welchen ein Begriffsganzes besteht, z. B. die Schaafe einer Heerde, die Waaren eines Waarenlagers, zu den Zugehörungen des Begriffsganzen rechnet. Bei dieser Ansicht würde man eine Sache, ein Ganzes, bekommen, das aus gar nichts Anderem, als aus lauter Pertinenzen bestände. Die Zugehörungen einer Sache setzen stets eine andere Sache voraus, zu der sie gehören. Zu welcher Sache aber sollen z. B. die Waaren eines Waarenlagers gehören, wenn sie sämmtlich blos Zugehörungen sind? Soll der bloße Begriff der Gesammtheit die Hauptsache bilden? Die einzelnen Sachen, die das Begriffsganze bilden, gehören freilich zum Ganzen; allein sie sind eben die Stücke, die Theile, welche zusammen das Ganze ausmachen; die Zugehörungen oder Pertinenzen einer Sache aber machen nicht zusammen die Hauptsache aus. Bolley (Bemerkk. z. Pfandges. I. S. 20 f. 230 f.) entscheidet zwar einzelne Fragen über Pfandrecht an Zuwachs und Zugehörungen der Sache nach richtig; allein auch er ist in der Terminologie etwas ungenau und findet in der Lehre von den Zugehörungen und in der Anwendung auf das Pfandrecht Schwierigkeiten und Zweifel, welche durch eine genauere Unterscheidung zwischen Zugehörung und Bestandtheil einer Sache wohl durchaus sich heben dürften.

Das Württ. Pfandgesetz unterscheidet hier auf eine ganz richtige Weise; es unterscheidet die Pertinenzen genau von den eigentlichen Theilen der Sache und nennt sie Zugehörungen (wie sie auch schon das Landrecht II, 9 §. 10. „Zugehörden" nennt), während es diejenigen Nebensachen, welche Theile der Hauptsache bilden, durch „Zuwachs" bezeichnet (Pfandges. Art. 5, 51, 49 Nr. 1 und 2). Daß namentlich auch im Art. 49 Nr. 1

unter den „Zugehörungen“ nicht die Theile der Sache, sondern nur Pertinenzen, auf welche ein Pfandrecht blos in Folge ausdrücklicher Verpfändung derselben sich erstreckt, gemeint sind, ergibt sich schon aus der demselben beigefügten Verweisung auf die Art. 3 und 51 und aus Art. 190 [2].

§. 2. Nach der Württ. Pfandgesetzgebung wird die ganze Unterscheidung zwischen Zuwachs oder den Theilen einer Sache und den bloßen Zugehörungen oder Pertinenzen noch von besonderer Wichtigkeit gerade in Beziehung auf Verpfändung, wie aus dem Folgenden sich ergeben wird.

Bei der Verpfändung beweglicher Zugehörungen einer Liegenschaft nach Württ. Rechte muß man wieder, wie überhaupt bei den Verpfändungen, die beiden Formen, in welchen ein Pfandrecht nach Württ. Rechte allein entstehen kann, Verpfändung durch Eintrag in das Pfandbuch (Unterpfand), deren Gegenstand, einen Fall ausgenommen, blos Liegenschaften und solche Rechte sind, die ihnen gleichgestellt werden, und Verpfändung durch Besitzübertragung (Faustpfand), unterscheiden.

Bei dem Unterpfande geht das Pfandgesetz von dem Grundsatze aus, daß die Verpfändung einer Liegenschaft sich natürlich auf alle ihre Theile, auf die gegenwärtigen und später hinzukommenden, erstrecke, daß aber bloße Zugehörungen der Liegenschaft nicht von selbst unter die Verpfändung der Liegenschaft fallen, weder die zur Zeit der Verpfändung vorhandenen, noch spätere. Man muß daher die Theile einer Sache, auch die bloßen Nebentheile, namentlich in Beziehung auf Verpfändung, genau unterscheiden von den bloßen Zugehörungen.

Was nämlich die Theile einer Sache betrifft: so ist, wenn man nur gehörig den Begriff des Theiles einer Sache festhält und namentlich die Theile mit den Zugehörungen der Sache nicht verwechselt, insbesondere auch Das beachtet, was in meinem Handbuche II. §. 40 a. E. herausgehoben ist, kein Zweifel, und

---

2) Vergl. auch die Hauptinstruct. z. Pfandgef. §. 66—68, §. 154. In gleicher Weise unterscheidet der Entwurf eines Zusatzgef. z. Pfandgef. (mein Handbuch I. S. 994) Art. 4 zwischen Zuwachs und Zugehörung. Den Zuwachs oder die eigentlichen Theile der Sache nennt derselbe natürlichen Zuwachs; von den Zugehörungen sagt er mit Recht, sie seyen für sich bestehende Objecte.

auch nicht bestritten, daß, wenn eine Liegenschaft verpfändet wird, das Pfandrecht sich auf alle Bestandtheile der Liegenschaft erstreckt, auch auf die, welche später zur Liegenschaft hinzukommen. Deßhalb zählt das Pfandgesetz Art. 49 Nr. 2 ganz unbeschränkt zu Dem, was das bestellte Unterpfandsrecht in sich begreife, den „Zuwachs der Hauptsache von „Zeit der geschehenen Verpfändung an" und spricht dieß auch noch in einzelnen Entscheidungen aus, indem es z. B. im Art. 125 anerkennt, daß das Haus, welches auf einem verpfändeten Boden errichtet wird, unter den Pfandnexus falle, und im Art. 49 Nr. 3 die mit der Sache verbundenen natürlichen Früchte als mitverpfändet behandelt. Es gilt hier ganz Das, wovon schon das Röm. Recht ausgeht (**D. XIII, 7. de pign. act.** *l.* 18. §. 1.) und was in der Natur der Sache liegt.

Wird aber Einzelnes von der verpfändeten Liegenschaft so getrennt, daß es nicht mehr einen Theil derselben bildet, und hört es zugleich durch die Trennung auf, unbewegliche Sache zu seyn: so hört auch der Pfandnexus an diesem zur beweglichen Sache gewordenen Stücke auf. Zwar bestreitet dieß Mayer Comment. z. Pfandges. I. S. 63 f.; er glaubt, solche Theile der Liegenschaft bleiben dem Unterpfande unterworfen, wenn sie gleich von der Liegenschaft getrennt und als bewegliche Sache z. B. vom Eigenthümer veräußert werden. Allein meines Wissens haben sich alle andere Württ. Schriftsteller gegen diese Ansicht erklärt. Das Pfandgesetz verwirft durchaus die Möglichkeit eines für sich bestehenden Unterpfandes an einer beweglichen Sache (im Entstehen und Bestehen), vollends aber entschieden an einer Sache, welche im Pfandbuche in gar keiner Weise bezeichnet ist. Wenn z. B. Jemand sein Haus verpfändet und später abbricht, die Materialien verkauft und aus anderem Material ein neues Gebäude errichtet oder wenn er auf seinem verpfändeten Gute die Nußbäume abhaut und aus denselben Geräthschaften machen läßt und diese verkauft, wie soll an diesen verkauften Sachen, wie soll an ihnen, selbst wenn sie noch in seinen Händen als bewegliche Sachen seyn würden, ein Unterpfand bestehen können, während der Gegenstand des Unterpfandes im Pfandbuche gar nicht irgend berührt und

und bezeichnet ist? Zwar beruft sich Mayer auf den Art. 125 des Pfandgesetzes, nach welchem die Umwandlung der verpfändeten Sache eine Veränderung hinsichtlich des Unterpfandrechts nicht bewirken soll. Allein dieser Artikel spricht nur von der Umwandlung der verpfändeten Liegenschaft selbst, wenn sie trotz der Umwandlung Liegenschaft bleibt, von einer neuen Gestaltung des in dem Pfandbuche bezeichneten Pfandes, und bestimmt nur, daß an der Liegenschaft durch eine solche mit ihr vorgenommenen Veränderung das Pfandrecht nicht aufgehoben werde. Deßhalb erstreckt sich, wenn ein Haus verpfändet, später niedergerissen und ein neues auf der alten Fläche errichtet wird, das Pfandrecht auf das neue Haus, wenn ein Garten verpfändet und später in einen Weinberg verwandelt oder ein Wald verpfändet und später ausgerodet und in einen Acker verwandelt wird oder in einen verpfändeten Garten ein Haus gebaut und der Rest des Gartens zu einem Hofraum gemacht wird, das Pfandrecht auf die Liegenschaft auch in ihrer geänderten Gestalt. Dieß deßhalb, weil durch die Aenderung hier die Sache nicht in eine bewegliche übergeht und die Liegenschaft in der Grundlage dieselbe bleibt, die im Pfandbuch als verpfändet bezeichnet ist [3].

Eben eine Folge und somit ein weiterer Beleg des Grundsatzes, daß, wenn von einer verpfändeten Liegenschaft Etwas so getrennt wird, daß das Getrennte nun als bewegliche Sache besteht, dadurch das Unterpfand an dem Getrennten aufhört, ist die Bestimmung des Pfandges. Art. 49 Nr. 3, nach welcher natürliche Früchte einer Sache durch Trennung von der Sache vom Pfandnexus frei werden und nur die Früchte, welche zur Zeit der Erhebung der Schuld- oder Pfandklage oder der Erkennung des Gantes noch nicht abgesondert sind, so wie diejenigen, welche von diesem Zeitpunkte an erst erhoben werden, unter dem Pfandnexus bleiben.

§. 3. Bloße Zugehörungen (Pertinenzen) einer Liegenschaft dagegen fallen nicht von selbst unter die Verpfändung der Liegenschaft, mögen sie zur Zeit der Verpfändung schon vorhanden

---

3) Zu beschränkt ist in Beziehung auf Specification, was Bolley Bemerkk. z. Pfandges. I. S. 487 sagt.

seyn oder später erst hinzukommen; sie können aber, jedoch nur durch ausdrückliche Verpfändung, Gegenstand des Unterpfandes werden [4].

Dieß gilt sowohl von unbeweglichen als von beweglichen Zugehörungen der Liegenschaft.

Daß an beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft ein Unterpfand bestellt werden kann, dieß ist eine Ausnahme von der Regel des Pfandgesetzes, nach welcher nur unbewegliche Sachen und ihnen gleichstehende Rechte Gegenstand der Unterpfandsbestellung sind. Das Pfandgesetz konnte aber, wenn es nicht die Grundgedanken, auf denen es beruht, aufgeben wollte, eine solche Ausnahme nicht unbeschränkt machen; es mußte vielmehr dieselbe auf eine Weise beschränken, bei welcher freilich in Beziehung auf solche bewegliche Zugehörungen die Sicherheit, die das Pfand dem Gläubiger gewährt, eine prekäre ist, indessen ihm doch in vielen Fällen ein solches Pfand immer noch sehr von Interesse seyn kann. Diese Beschränkung liegt einfach darin: sobald die verpfändete bewegliche Zugehörung diese ihre Eigenschaft als Zugehörung verliehrt und zur Hauptsache in gar keiner Beziehung mehr steht, fällt auch der Pfandnexus bei ihr weg; sie kann nur als Zugehörung und nur, so lange sie es ist, Gegenstand eines Unterpfandes seyn, und nur jene ihre Beziehung zur Hauptsache macht wie ihre Verpfändung (als Unterpfand), so auch den Fortbestand derselben möglich; bildet sie in anderer Weise einen Gegenstand des Verkehrs und des Vermögens: so hört sie auf, Gegenstand eines Unterpfandes zu seyn. Mit dieser Beschränkung können aber bewegliche Zugehörungen einer Liegenschaft als einzelne Sachen oder als Begriffsganze verpfändet werden. Dieß ist einfach der Inhalt der Artt. 3, 49 Nr. 1, Art. 51, 190 des Pfandgesetzes.

Der Art. 49 des Pfandgesetzes sagt: „Das Unterpfandsrecht „begreift in sich die Hauptsache mit den etwaigen Zugehörungen." Hiernach scheint es auf den ersten Anblick, als ob die Zugehö-

---

4) Von solchen Zugehörungen sind aber wohl zu unterscheiden die Rechte, welche einer Sache zukommen. Diese sind von selbst mit der Sache verpfändet. S. hierüber mein Handbuch B. II. §. 41 a. E.

rungen von selbst mit unter die Verpfändung der Hauptsache fallen. Allein der Artikel verweist dabei ausdrücklich auf die Artt. 3 und 51. Der Letztere spricht von der Verpfändung einer Gesammtheit beweglicher Zugehörungen (als Begriffsganzes) und setzt ausdrücklich als Voraussetzung und Bedingung fest, daß die Gesammtheit mit der unbeweglichen Hauptsache selbst verpfändet werde. Der Art. 3 spricht von der Verpfändung beweglicher Zugehörungen überhaupt und sagt: „Es können bewegliche „Dinge, welche Zugehörungen von Immobilien sind, so lange sie „diese Eigenschaft haben, verpfändet werden." Aus diesen Artikeln, zusammengehalten mit dem Art. 51 und dem später näher zu erwähnenden Art. 190, ergeben sich folgende Grundsätze über das Unterpfand an beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft:

1. Bewegliche Sachen können nur dann Gegenstand des Unterpfandes seyn, wenn sie Zugehörungen einer Liegenschaft sind. Dieß ist nicht bestritten.

2. Das Unterpfand erstreckt sich, wenn eine Liegenschaft verpfändet wird, niemals von selbst auch auf ihre beweglichen Zugehörungen[5]. Sollen auch diese Zugehörungen mit der Hauptsache zu Unterpfand bestellt werden: so kann dieß nur dadurch geschehen, daß die Verpfändung ausdrücklich auf sie erstreckt wird, und sie als verpfändet ins Pfandbuch eingetragen werden. Zwar ist auch hier wieder Mayer a. a. O. S. 62, 317 f. anderer Ansicht; er glaubt, die Verpfändung einer Liegenschaft erstrecke sich von selbst auch auf alle ihre Zugehörungen. Allein gegen diese Ansicht, welche von allen übrigen Württ. Schriftstellern meines Wissens verworfen wird[6], ist ganz entschieden unser Pfandgesetz, wie es vorliegt. Der Art. 3 sagt nämlich nicht, daß bewegliche Zugehörungen einer Liegenschaft mit der Hauptsache

---

5) Auch nicht auf die unbeweglichen, s. Note 7.

6) Vergl. Seeger Erläut. des Pfandg. I. S. 29, 196 Bolley Bemerkk. z. Pfandgef. I. S. 21 Hufnagel Belehrung über d. Pfandgef. S. 26 Reyscher Württ. Privatr. §. 313, 316 Weishaar Handb. II. §. 579. Nur paßt der Grund, den Weishaar bei Note e anführt, gar nicht auf bewegliche Zugehörungen, da die von ihm citirten Landrechtsstellen blos von unbeweglichen Zugehörungen sprechen.

verpfändet seyen, sondern nur, daß sie mit ihr verpfändet werden können; von der gleichen Voraussetzung der Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Verpfändung solcher Zugehörungen geht der Art. 51 aus und zum Ueberflusse sagt es noch mit dürren Worten der Art. 190 [7].

---

7) Der Art. 190 sagt nämlich: „Werden mit einer unbeweglichen Sache „Zugehörungen irgend einer Art verpfändet, so ist die Bezeichnung derselben „im Unterpfandsbuche entweder nach einzelnen Stücken, oder unter allgemeiner „Hinweisung auf deren urkundliche Beschreibung erforderlich (Art. 51)." — Nur darf man Zugehörungen nicht verwechseln mit dem Zuwachs und den Theilen einer Sache (S. 36 f.). Dieß thut z. B. Mayer, wenn er in Beziehung auf Zugehörungen a. a. O. S. 317 sagt: „Man denke sich nur, ob es nicht „ans Ungereimte gränzte, wenn man annehmen wollte, die Ziegel auf dem „Dache seyen nicht in der Verpfändung des Hauses mitbegriffen, sondern „müßten besonders verpfändet werden; und doch sind sie sogar eine durch „menschliche Bestimmung entstandene Zugehör." Jenes wäre freilich ungereimt. Allein die Ziegel auf dem Dache sind ein Bestandtheil des Hauses und deßhalb natürlich in der Verpfändung des Hauses von selbst begriffen. Aehnliche Verwechslungen kommen aber auch bei den in der Note 6 angeff. Schriftstellern vor, z. B. wenn Seeger a. a. O. S. 197 Bäume, Früchte, alles mit einem Hause fest Verbundene, zu den Zugehörungen rechnet und auf sie den Grundsatz anwendet, daß sie bei der Verpfändung der Hauptsache ausdrücklich mitverpfändet werden müssen. — Für das im Texte Gesagte sprechen auch durchaus die ständischen Verhandlungen. Schon der Entwurf enthält bestimmt, daß die Zugehörungen nicht von selbst mit einer Liegenschaft für verpfändet gelten, sondern nur in Folge ausdrücklicher Verpfändung dem Unterpfande unterworfen werden können; Entwurf Art. 3, 51 und besonders 132 Nr. 5 (diese letztere Nummer sagt: „In dem Falle, wenn „Zugehörungen verpfändet werden, ist die Bezeichnung derselben entweder „nach einzelnen Stücken oder unter allgemeiner Hinweisung auf deren urkundliche Beschreibung aufzunehmen"). Allein bei der Endredaction des Entwurfs, welche nach der Verabschiedung des Gesetzes einer ständischen Commission mitzutheilen war, brachte die Regierung einen neuen Vorschlag in diese Redaction, der mit einer Erklärung derselben im Königl. Endrescript an die Stände zusammenhing (s. unten Note 13), nämlich es solle im Gesetze gesagt werden, daß gesetzliche Zugehörungen stets von selbst als verpfändet gelten, sobald die Hauptsache verpfändet wird, und nur bei anderen Zugehörungen eine ausdrückliche Verpfändung und Bezeichnung derselben im Pfandbuche nöthig sey. Die ständische Commission aber erklärte sich hiegegen mit Recht, weil dieß zu Zweifeln führen würde und der Gegenstand des Unterpfandes möglichst sicher und bestimmt seyn müsse. Deßhalb wurde au ihren Antrag der Art. 190 so, wie er lautet, ganz allgemein aufgenommen,

3. Unter den beweglichen Zugehörungen, welche mit der Liegenschaft zu Unterpfand bestellt werden können, sind nur solche verstanden, die nicht einen Theil der Liegenschaft selbst (oben S. 36 f.) bilden. Denn das Gesetz nennt sie bewegliche Dinge, was die Theile der Liegenschaft selbst nicht sind. Aber es ist nicht nöthig, daß sie schon ihrer Natur nach Zugehörungen der Liegenschaft sind (gesetzliche oder natürliche Zugehörungen; mein Handbuch B. II. §. 41). Auch solche Fahrnißstücke, welche erst durch besondere Bestimmung der Parthieen für Zugehörungen erklärt werden, wie z. B. ein Gutsinventar, ein Waarenlager, überhaupt Gewerbsgeräthschaften, die Bibliothek auf einem Landgute ꝛc., können mit der unbeweglichen Hauptsache zu Unterpfand bestellt werden [8].

4. Bewegliche Zugehörungen können nicht für sich, sondern nur mit der Hauptsache, deren Zugehörungen sie sind, zu Un-

---

und dieser sagt, daß, wenn eine Zugehörung irgend einer Art mit einer Liegenschaft verpfändet werden soll, dieses im Pfandbuche ausdrücklich bemerkt werden müsse. Vergl. auch Seeger a. a. O. S. 30, Bolley a. a. O. S. 21 f. Aus diesem Artikel ergibt sich auch, daß auch unbewegliche Zugehörungen nicht von selbst unter den Pfandnexus der Hauptsache fallen. Deßhalb ist es im Resultate richtig, wenn Bolley a. a. O. S. 230 sagt, daß, wenn Jemand zu seinem verpfändeten Hause später einen Garten kauft oder ein anderes Haus, das er mit dem ersten in Verbindung setzt, oder einen verpfändeten Gütercomplex durch neue Erwerbungen erweitert, das neu Hinzugekommene nicht unter den Pfandnexus falle. Nur sind diese hinzugekommenen Sachen keine eigentlichen Accessionen der Hauptsache, kein eigentlicher Zuwachs derselben; s. mein Handbuch B. II, §. 40 a. E.

8) S. auch Hauptinstruct. zum Pfandges. §. 66, 67, auch Seeger in Sarweys Monatsschr. B. IX S. 369 f. (vergl. aber oben S. 38). Eine besondere vorangegangene Destination der Sachen zur Zugehör, namentlich ein besonderer Act, welcher die bestimmte Absicht ausspricht, daß die Sachen eine bleibende Bestimmung bei der Liegenschaft haben sollen — wie Sarwey Monatsschr. B. IX S. 373 f. fordert — ist nicht nöthig. Das, was die Parthieen bei der Verpfändung für Zugehörung erklären und was als Solche ins Pfandbuch eingetragen wird, gilt als verpfändbare Zugehörung (wenn es nur in irgend einer Beziehung zur Hauptsache steht), wie Das beim Verkaufe auch als Zugehörung gilt, was die Parthieen vertragsmäßig dafür erklären, wenn es auch vorher keine bleibende Bestimmung für die Sache hatte. Diese bleibende Bestimmung ist nur da von Wichtigkeit, wo es sich von präsumtiven Zugehörungen handelt.

terpfand bestellt werden. Auch hier ist wieder Mayer a. a. O. S. 60 anderer Ansicht. Allein das Pfandgesetz setzt bei ihrer Bestellung zu Unterpfand stets voraus, daß sie mit der Hauptsache verpfändet werden (Art. 49, 51, 190). Die übrigen Württ. Schriftsteller erkennen dieß durchaus an [9].

5. Bewegliche Sachen, welche auf diese Weise als Zugehör einer Liegenschaft verpfändet werden, gelten nur so lange als verpfändet, als sie zur Hauptsache in dem Verhältnisse bleiben, wegen dessen sie für Zugehör derselben erklärt sind; wird dieses Verhältniß aufgehoben, veräußert z. B. der Verpfänder eine solche Sache: so hört der Pfandnexus an ihnen auf [10]. Dieß ist freilich sehr bestritten. Der hier vertheidigten Ansicht sind Seeger a. a. O. S. 30, 198 und v. Hufnagel a. a. O. S. 26. Dagegen behauptet aber Mayer a. a. O. S. 64 f., daß eine solche Zugehör stets verpfändet bleibe, wenn sie auch aufhöre, ihre Beziehung zur Hauptsache als Zugehör zu haben; er geht sogar, wie schon oben bemerkt wurde, noch weiter, indem er das Gleiche auch von Bestandtheilen einer Liegenschaft behauptet, wenn dieselben, von der Liegenschaft getrennt, als bewegliche Sachen für sich existiren. In dieser letzteren Beziehung verwirft Reyscher Württ. Privatr. §. 316 Mayers Ansicht; aber in Beziehung auf die Zugehörungen tritt er derselben bei. Auch Bolley tritt, wie er sagt, Mayer bei, fügt aber eine Beschränkung hinzu, durch welche er ganz wesentlich von ihm abweicht [11].

---

9) Vergl. auch Hauptinstruct. §. 66.

10) Unbewegliche Zugehörungen aber, welche mit einer Liegenschaft verpfändet wurden, werden dadurch, daß sie aufhören, Zugehörungen der Liegenschaft zu seyn, vom Pfandnexus nicht frei. Dieß deßhalb, weil an unbeweglichen Sachen aller Art, also auch an unbeweglichen Zugehörungen, für sich allein ein Unterpfand bestehen kann.

11) Bolley sagt nämlich a. a. O. S. 22: „Dagegen bin ich mit Mayer „darin einverstanden, daß die einmal als Zugehör verpfändeten beweglichen „Dinge von dem darauf haftenden Pfand nicht schon durch eine andere Bestimmung des Eigenthümers, sondern nur unter den Voraussetzungen „des Art. 258 befreit werden; also, wenn sie vor Erhebung der Pfandklage in „das Eigenthum eines Dritten, welcher sich in gutem Glauben befindet, übergegangen sind.“ Hiernach stimmt Bolley mit Mayer in jener Beziehung blos überein rücksichtlich der Zugehörungen einer Sache, nicht aber rücksichtlich

Daß Zugehörungen nur, so lange sie diese Eigenschaft haben, dem Pfandnexus unterworfen bleiben, dürfte sich durch Folgendes erweisen: Der Art. 3 des Pfandges. (oben S. 44) kann nicht blos sagen wollen: Mobilien können Gegenstand des Unterpfandes seyn, wenn sie nur zur Zeit der Verpfändung Zugehörungen von Immobilien sind. Hätte er blos dieß sagen wollen: so würde es vollkommen genügt haben, wenn er blos gesagt hätte: es können bewegliche Dinge, welche Zugehörungen von Immobilien sind, verpfändet werden. Aber der Artikel fügt Diesem noch bei: „so lange sie diese Eigenschaft haben." Diese Worte wären nach der Auslegung von Mayer und Reyscher völlig bedeutungslos, eine bloße Tautologie; nach ihnen würde in der That der Artikel das Wunderliche sagen: „bewegliche Dinge, welche Zugehörungen von „Immobilien sind, können verpfändet werden, wenn sie Zugehö„rungen von Immobilien sind." Nach der anerkannten Auslegungsregel aber, daß man davon ausgehen muß, der Gesetzgeber habe jedes seiner Worte mit Bedacht gewählt und nichts Ueberflüssiges sagen wollen, und daß man bei jedem seiner Worte eine vernünftige Bedeutung vorauszusetzen habe, muß man annehmen, daß jene Worte wirklich eine besondere Bedeutung haben, Etwas für sich besagen sollen, und diese Bedeutung wird gerade in dem „so lange" gehörig ausgedrückt. Der Artikel sagt hiernach: Bewegliche Sachen, welche Zugehörungen von Immobilien sind, sind Gegenstand des Unterpfands; aber sie bleiben es nur, so lange sie diese Eigenschaft

---

der Bestandtheile einer Liegenschaft; aber auch in Beziehung auf die Zugehörungen nimmt er an, daß sie vom Pfandnexus frei werden, wenn sie vor Erhebung der Pfandklage in das Eigenthum eines Dritten, welcher sich in gutem Glauben befindet, übergegangen sind. Allein dieß nimmt Mayer keineswegs an. Uebrigens kann man diese letztere Annahme Bolleys unmöglich mit Bolley auf den Art. 258 des Pfandges. stützen; denn dieser Artikel spricht ja blos von beweglichen Sachen, die zu Faustpfand gegeben sind, nicht von Unterpfändern, und unmöglich kann man diesen Artikel auf Unterpfänder ausdehnen. Wenn ein Freiwerden der veräußerten Zugehör nicht aus anderen Gründen erwiesen werden könnte: so müßte man Mayer's Ansicht ganz beistimmen.

haben. Verlieren sie also diese Eigenschaft: so hören sie auf, unter dem Pfandnexus zu stehen.

Diese Auslegung wird noch entschieden bestätigt durch den Art. 51 des Pfandgesetzes [12]. Werden nämlich solche Zugehörungen nicht in einzelnen Stücken, als einzelne, sondern werden sie

6. als Begriffsganzes, als Gesammtheit, verpfändet: so sind,

---

12) Dieser Artikel kam auf den Antrag der ständischen Commission in das Gesetz (Ständ. Verhandlgn. v. 1824 III. Beil.H. S. 295). — Mayer beruft sich für seine Ansicht auch auf die ständ. Verhandlungen. Allein auf diese, welche überhaupt über diese sowie über viele andere Fragen beim Pfandgesetze höchst ungenau und ungenügend sind, wird man sich für jene Ansicht nicht berufen können. Der ständ. Ausschuß schlug vor, im Gesetze zu bestimmen: „Das Unterpfandsrecht erstreckt sich auf die in dieser Eigenschaft „ausdrücklich bezeichneten Zugehörungen an beweglichen Sachen, soweit sie „nicht vor Erhebung der Pfandklage in das Eigenthum eines Dritten über„gegangen sind“ (a. a. O. S. 182), und motivirte dieß (a. a. O. S. 126) so: „Diese Bestimmung ist neu und findet ihre Rechtfertigung in der Be„trachtung, daß ein Unterpfandsrecht an bewegliche Sachen in dem Sinne, „wie solches durch die ersten Grundsätze ausgesprochen ist, nur insoweit rea„lisirt werden kann, als diese beweglichen Sachen mit einer unbeweglichen „ihrer rechtlichen Bestimmung nach ein zusammenhängendes Ganzes bilden. „Eben deßhalb mußte aber bestimmt werden, daß das Unterpfandsrecht auf „denselben aufhöre, wenn sie diese Bestimmung dadurch verloren haben, daß „ein Dritter, der nicht zugleich Eigenthümer des verpfändeten Gutes ist, „das Eigenthum derselben erworben hat.“ Er sah also das Letztere als eine reine Consequenz aus dem Gesetze an. Zwar sagt Mayer, mit diesem Antrage sey der Ausschuß nicht durchgedrungen. Allein abgelehnt wurde seine Ansicht nirgends. Die ständische Commission äußerte sich darüber gar nicht; sie sagt blos (a. a. O. S. 238): „Bewegliche Sachen können wohl „nur als Zugehörung einer unbeweglichen der Gegenstand einer Hypothek „seyn. Diesem Grundsatze gemäß schlägt Ihre Commission eine Veränderung „des Entwurfes vor,“ und dieser Vorschlag geht dahin (a. a. O. S. 295), zu setzen: „Das Unterpfandsrecht erstreckt sich auf diejenigen beweglichen „Dinge, welche als Zugehörung von Immobilien mit verpfändet wurden. „Ist die Gesammtheit von beweglichen Sachen, welche die Zugehörung einer „unbeweglichen Sache ausmachen, mit dieser verpfändet, so unterliegen dem „Pfandrechte alle die einzelnen, auch später erworbenen, Sachen, welche zur „Zeit der Erhebung der Pfandklage jene Eigenschaft haben.“ Sie ließ sich also auf den Satz des Ausschusses gar nicht ausdrücklich ein, erkannte ihn aber in noch größerer Ausdehnung durch Das an, was sie bei Gelegenheit der Gesammtheiten beantragte (s. oben im Texte Nr. 6), und dieß wurde durch die Staatsregierung genehmigt.

wie es in der Natur des Begriffsganzen liegt und auch das gemeine Recht es annimmt (oben S. 21), auch die Sachen, welche später zur Gesammtheit hinzukommen, mitverpfändet. In der Natur des Begriffsganzen überhaupt aber liegt es, wie S. 21—25 gezeigt wurde, keineswegs, daß auch die Sachen, welche später vom Ganzen wegveräußert werden, durch die Veräußerung vom Pfandnexus frei werden; es ist dieß nur eine Eigenschaft gewisser Begriffsganzen, solcher, in deren Natur ein steter Verkehrswechsel liegt. Allein der Art. 51 des Pfandgesetzes setzt ganz allgemein für alle bewegliche Zugehörungen, welche als Gesammtheit verpfändet werden, welcher Art sie auch seyen, fest, daß die zur Zeit der Erhebung der Pfandklage bei der Gesammtheit nicht mehr vorhandenen Sachen auch nicht mehr unter dem Pfandnexus stehen sollen, eben weil nach Art. 3, auf welchen er sich bezieht, bei beweglichen Zugehörungen, die zu Unterpfand bestellt sind, der allgemeine Grundsatz gilt, daß sie nur Gegenstand des Unterpfandes sind, so lange sie die Eigenschaft von Zugehörungen haben.

Noch entsteht die Frage, wie die Zugehörungen, welche als Gesammtheit verpfändet werden, im Pfandbuche zu bezeichnen sind. Nach dem Art. 190 (s. Note 7) scheint angenommen werden zu müssen, daß jedes einzelne zur Gesammtheit gehörige Stück einzeln beschrieben werden müsse. Allein so kann man den Artikel in Beziehung auf Gesammtheiten unmöglich nehmen. Wenn z. B. ein Waarenlager, Apothekergefäße, ein Gutsinventar mit einer Liegenschaft als deren Zugehör zu Unterpfand bestellt werden, sollen hier alle einzelne Stücke aufgezählt oder eine urkundliche Beschreibung der einzelnen Stücke gefertigt werden? Dieß hätte, von Anderem abgesehen, gar keinen Sinn bei der Verpfändung der Zugehörungen als Begriffsganzes, weil es ja hier auf die einzelnen Stücke nicht ankommt und auch alles neu Hinzuerworbene unter den Pfandnexus fällt und dieß doch nur durch eine allgemeine Beschreibung des Begriffsganzen bezeichnet werden kann.

Der Art. 190 hat, wie aus den Verhandlungen hervorgeht, blos den Zweck, auszusprechen, daß die Zugehörungen einer Liegenschaft in keinem Falle von selbst mit der Hauptsache als

verpfändet gelten, daß vielmehr, wenn sie überhaupt verpfändet seyn sollen, die Verpfändung ausdrücklich auf sie miterstreckt werden müsse, sie somit im Pfandbuche als verpfändet eingetragen und in demselben genügend bezeichnet werden müssen. Werden nun blos einzelne bestimmte Stücke als Zugehörungen verpfändet: so muß jedes einzelne Stück bezeichnet werden; hier fallen dann andere Stücke gleicher Kategorie, welche etwa der Verpfänder später erwirbt, nicht unter den Pfandnexus. Werden sie aber als Gesammtheit verpfändet: so ist blos eine solche Beschreibung derselben nöthig, wodurch sie als Gesammtheit gehörig kenntlich gemacht und so bestimmt bezeichnet werden, daß kein Zweifel darüber ist, was verpfändet seyn soll und ob Sachen, welche der Verpfänder später erwirbt, zur Kategorie der verpfändeten Gesammtheit gehören oder nicht. So allein kann vernünftigerweise der Art. 190 in Verbindung mit seiner Verweisung auf den Art. 51 verstanden werden [13].

13) Wenn z. B. ein Kaufmann, der blos mit Tabak handelt, sein Haus und Waarenlager zu Unterpfand bestellen will: so wird es genügen, wenn der Beschreibung des Hauses beigefügt wird, daß auch „das gesammte, „in Tabak aller Art bestehende, Waarenlager" mitverpfändet seyn soll. Unsre Schriftsteller, namentlich die Commentatoren unsres Pfandgesetzes, lassen sich auf diese Frage gar nicht näher ein und übergehen überhaupt ganz eine spezielle Erörterung des Art. 190 (in seinem Verhältnisse zu Art. 51). Die ständ. Verhandlungen sind auch hier wieder nicht befriedigend. Was der Art. 190 enthält, stand größtentheils schon im Entwurfe §. 132 Nr. 5 (oben S. 45). Die ständ. Commission war damit einverstanden; nur bezog sie die Bestimmung blos auf den Fall, wenn einzelne Zugehörungen verpfändet werden sollen; im Uebrigen verlangt sie eine „genaue Beschreibung der Zugehörungen" (Ständ. Verhandlungen v. 1824. III. Beil.H. S. 315). Bei der Berathung aber wurde auf Weishaar's Antrag das Wort „einzelne" herausgeworfen (ohne Motivirung; v. angeff. Verhandlgn. H. X S. 843); aber in der ständ. Adresse scheint dieß übersehen worden zu seyn; denn in dieser steht der Vorschlag der Commission ganz unverändert („Bei allen Verpfändungen ist zu bemerken: 6. eine genaue Be„schreibung der Sache, worauf das Unterpfand bestellt wird, ... ingleichen „der Zugehörungen, welche mit der Hauptsache verpfändet werden. Sollten „nur einzelne bewegliche Zugehörungen des Unterpfandes mitverpfän„det werden: so werden diese entweder in dem Unterpfandsbuche oder in einer „demselben beigelegten Urkunde verzeichnet." D. angeff. Verhdlgn III. Beil.H. S. 402). Die Regierung aber meinte, der Entwurf genüge „hinsichtlich

Es können hiernach nach dem Württ. Pfandgesetze auch Sachgesammtheiten als Solche zu Unterpfand bestellt werden; es ist dieß aber nur möglich bei beweglichen Zugehörungen einer Liegenschaft, wenn sie mit dieser Liegenschaft verpfändet werden, und hier hat dann die Verpfändung der Gesammtheit der Zugehörungen als Solchen die Wirkung, daß auch die später zu der Gesammtheit hinzukommenden Sachen unter den Pfandnexus fallen, während zugleich nach dem allgemeinen Grundsatze, von dem das Pfandgesetz bei der Verpfändung beweglicher Zugehörungen einer Liegenschaft überhaupt ausgeht und ausgehen muß, die Sachen, welche aufhören, Zugehörungen der Liegenschaft zu seyn, eben damit aufhören, vom Pfandnexus behaftet zu seyn [14], somit das Pfandrecht zur Zeit seiner Realisirung nur auf den Sachen, aber auch auf

---

„der auf dem Privatwillen beruhenden Zugehörungen, da die gesetzlichen stets „als mitverpfändet vorausgesetzt werden" (a. a. O. S. 446), und die Kammer ließ es dann beruhen, weil ihre Commission keinen Antrag machte, indem sie bemerkte, daß der frühere Antrag „eigentlich nur die Form eines „Eintrags betraf; die königl. Entschließung hierüber bedürfe keiner besonderen Erörterung" (a. a. O. S. 463). Erst bei der Endredaction schlug dann die Regierung einen Artikel vor, in welchen sie den Grundsatz, daß gesetzliche Zugehörungen von selbst für verpfändet gelten sollen, aufnehmen wollte, und hier erst erklärte sich die Commission gegen diesen Grundsatz, und es wurden nun, um auszusprechen, daß ein solcher Grundsatz nicht gelte, im Entwurfe die Worte: „irgend einer Art" (daß bei Zugehörungen jeder Art eine Bezeichnung derselben im Unterpfandsbuche als ausdrücklich verpfändet nöthig sey) und zugleich am Schlusse der betreffenden Stelle eine Verweisung auf Art. 51 hineingesetzt. Daraus ergibt sich, daß bei der Endredaction, bei welcher der Regierung mit der ständ. Commission sehr freie Hand eingeräumt wurde, die Regierung ihre Ansicht in Betreff der gesetzlichen Zugehörungen aufgab. Unmöglich aber kann man annehmen, daß man durch den so entstandenen Art. 190 bestimmen wollte, bei Verpfändung von Gesammtheiten sey eine Anführung oder Beschreibung jedes einzelnen Stückes erforderlich. Denn dieß hieße geradezu den Art. 51 aufheben!

14) Denn dieß ist keine Folge des Umstandes, daß der verpfändete Gegenstand eine Gesammtheit oder ein Begriffsganzes ist, indem an sich nur bei gewissen Begriffsganzen aus der Natur des Begriffsganzen eine solche Folgerung sich ergibt; bei uns aber gilt es bei allen verpfändeten Begriffsganzen, weil nur bewegliche Zugehörungen einer Liegenschaft als Begriffsganze verpfändet werden können und jener Grundsatz bei allen beweglichen Zugehörungen, wenn sie mit einer Liegenschaft zu Unterpfand bestellt werden, mögen sie als Begriffsganze verpfändet werden oder nicht, gilt (s. S. 43).

allen den Sachen haftet, die gerade in der Gesammtheit enthalten und gegenwärtig sind.

§. 4. Bewegliche Zugehörungen einer Liegenschaft können auch allein als für sich bestehende Sachen verpfändet werden, eben weil überhaupt die Zugehörungen nicht einen in der Hauptsache selbst aufgehenden Theil derselben bilden (S. 36 f.). Nur ist nach Württ. Rechte eine Verpfändung derselben allein (ohne Verpfändung der Hauptsache) in der Form des Unterpfandes nicht möglich, weil bewegliche Sachen blos in dem Falle Gegenstand des Unterpfandes sind, wenn sie mit einer Liegenschaft als deren Zugehör verpfändet werden sollen. Es kann daher an solchen Sachen, wenn sie allein als für sich bestehende Sachen verpfändet werden sollen, ein Pfandrecht nur in der Form des Faustpfandes entstehen und bestehen. Eben deßhalb kann hier von der Verpfändung einer Sachgesammtheit als Solcher nicht mehr die Rede seyn. Denn bei der Bestellung zum Faustpfande kann nur Das verpfändet seyn, was wirklich in den Besitz des Gläubigers übergeben wurde, und dieß sind eben stets einzelne Sachen, wie dieß schon S. 32 f. erwiesen wurde. Es gelten hier ganz die dort ausgeführten Grundsätze.

Hierbei kann noch die Frage entstehen, wie es in dem Falle zu halten ist, wenn eine bewegliche Zugehörung einer Liegenschaft mit dieser zum Unterpfande bestellt wird und nachher der Verpfänder die Zugehörung einem Anderen zum Faustpfande bestellt. Reyscher (Württ. Privatr. §. 343) scheint anzunehmen, in einem solchen Falle gelte an der beweglichen Sache sowohl das früher bestellte Unterpfand, als auch das nachher bestellte Faustpfand, Letzteres aber nur als Nachpfand. Zwar sey, sagt er, hiervon in dem Pfandgesetze nicht die Rede; allein da das Faustpfand im Falle des Gantes wie ein Unterpfand behandelt werde: so ergebe sich jenes Resultat wohl von selbst. — Eine solche Behauptung würde sich natürlich nur dann rechtfertigen lassen, wenn man von der Unterstellung ausgeht, daß eine bewegliche Zugehörung, welche mit der Hauptsache zu Unterpfand bestellt wird, auch dann mit dem Pfandnexus behaftet bleibe, wenn sie später in eine Lage kommt, bei der sie der Hauptsache nicht mehr als Zugehörung dient. Eben diese Unterstellung aber scheint mir

unhaltbar zu seyn, wie ich oben nachzuweisen suchte. Ist die obige Ausführung richtig: so ergibt sich vielmehr für den berührten Fall das Resultat: Dadurch, daß der Verpfänder eine als Zugehör seiner Hauptsache mitverpfändete bewegliche Sache in den vom Besitze der Hauptsache gesonderten Besitz des Faustpfandgläubigers überträgt, fällt die Bedingung weg, unter welcher allein die Fortdauer eines Unterpfandes an jener beweglichen Sache nach Art. 3 des Pfandgesetzes möglich ist; sie ist daher von diesem Augenblicke an nicht mehr Gegenstand des Unterpfandes und es besteht an ihr als Pfand nur das Faustpfand.

Dritte Erörterung.

Zur Lehre von den Früchten einer Sache.

I.

Gezogene Früchte (fructus percepti).

Daß eine genaue und richtige Bestimmung der Bedeutung des Ausdrucks „fructus percepti," welcher so häufig in unsren Quellen gebraucht wird, in manchen einzelnen Beziehungen praktisch sehr von Wichtigkeit ist, bedarf keines näheren Nachweises. Gewöhnlich ist aber, was darüber gegeben wird, weder ganz genau [1], noch ganz richtig.

Gewöhnlich wird die fructuum perceptio blos auf Denjenigen bezogen, der zum Fruchtgenusse der betreffenden Sache berechtigt ist. Nach dieser Ansicht sollen nämlich „fructus percepti" diejenigen Früchte bedeuten, welche der zum Fruchtgenusse Berechtigte aus der fruchttragenden Sache gezogen d. h. von der Sache für sich getrennt oder sonst in seinen Besitz gebracht hat [2].

---

1) Sehr ungenau sind in dieser Beziehung die Entscheidungsgründe, welche das Württ. O.Just.Collegium im Jahre 1815 in einem wichtigen Rechtsstreite gab (mitgetheilt von Kapff Civilrechtssprüche der Gerichtshöfe in Württ. 1821 S. 357 f.) und in welchen die fructuum perceptio von der fructuum separatio (a. a. O. S. 378 f.) gar nicht gehörig unterschieden wird.

2) So z. B. Thibaut Pandectenr. §. 181 Mackeldey Lehrb. d. Röm. R. §. 154 Schweppe Das Röm. Privatr. §. 182 Weiling-Ingenheim Civilr. 5. Ausg. von Fritz I. §. 79 Kierulff Civilr. I. S. 329, 330 Schilling Institut. II. §. 66 und der Referent beim Württ. O.Tribunal in einer Relation v. 1817 in Kapff's angeff. Civilrechtssprüchen S. 357 in der Note. — Das Richtige dagegen deutet Göschen Vorlesungen über d. Civilr. I. §. 81 an, wenn er sagt: „Soll zugleich auch bezeichnet werden, daß Jemand an den Früchten Besitz ergriffen habe, so sagt man von „ihnen, sie sind percepti fructus."

Allein dieß ist zu eng. Bei der fructuum perceptio kommt es, was den Begriff betrifft, gar nicht darauf an, ob ein zum Fruchtgenusse Berechtigter den zur Perception nothwendigen Act vornimmt oder ein Unberechtigter; es liegt in derselben durchaus nicht eine ausschließliche Beziehung auf den zur Handlung Berechtigten, sondern sie bezeichnet blos die Handlung, durch welche Jemand, mag er dazu befugt seyn oder nicht, die Frucht als eine besondere, von der Hauptsache getrennte, in seinen Besitz nimmt und sich aneignet [3].

Getrennte Frucht nämlich (fructus separati) heißt jede Frucht, deren physische Verbindung mit der fruchttragenden Sache auf irgend eine Weise aufgehoben worden ist, sey es durch Zufall oder durch menschliche Thätigkeit. Diese getrennten Früchte heißen dann percepti (gezogene), wenn Jemand für sich die Früchte von der Sache trennte oder für sich durch Andere trennen ließ oder die auf andere Weise, z. B. durch Zufall, von der Hauptsache getrennte Frucht für sich in seine Gewalt bringt, und man gerade in Beziehung auf ihn spricht, sollte er auch nicht der zum Fruchtgenusse Berechtigte seyn; er hat dann die Früchte, sey es mit Recht oder mit Unrecht, percipirt oder gezogen. So können daher separirte Früchte zugleich percipirte in Beziehung auf die eine Person, und nichtpercipirte in Beziehung auf die andere Person seyn. Wenn z. B. ein Dieb das Obst von den Bäumen stiehlt, somit es für sich trennt, und in seine Gewalt bringt: so hat er die Früchte percipirt; in Beziehung auf den zum Fruchtgenusse Berechtigten sind sie dann nicht fructus percepti (d. h. dieser hat sie noch nicht percipirt), sondern blos separati.

Das hier Behauptete erweist sich wohl vollkommen durch D. VI, 1 de R. V. *l.* 78. VII, 1 de usufr. *l.* 12. §. 5. VII, 4 quib. mod. ususfr. *l.* 13. XXII, 1 de usur. *l.* 15 *l.* 25 pr. §. 1, 2 *l.* 45 X, 1 fin. regund. *l.* 4 § 2. XII, 1 de R. C. *l.* 4 §. 1. Namentlich wird — was die Behauptung betrifft, daß auch

---

3) Ich habe dieß schon in den Heidelb. Jahrbüchern von 1823 S. 879 behauptet, aber freilich nur in einer gelegenheitlichen Bemerkung in einer Recension.

die Früchte, welche ein Unberechtigter aus der Sache für sich zieht, fructus percepti (in Beziehung auf ihn) heißen — in der *l.* 4. §. 2 D. fin. regundor. von dem unredlichen Besitzer, welcher aus der besessenen Sache Früchte für sich zog, gesagt: fructus mala fide percepit; ebenso sagt *l.* 25 pr. de usur. von dem Miteigenthümer, welcher unbefugterweise vom gemeinschaftlichen Grundstücke alle Früchte zog und sich aneignete: ex re communi fructus percepit, und auf die gleiche Weise wird in der *l.* 4 §. 1 de reb. cred. vom Pachter, welcher zu einer Zeit Früchte für sich zog, in welcher er sie zu ziehen nicht mehr befugt war, wie von Anderen, welche unbefugt Früchte ziehen und sich aneignen, der Ausdruck fructus percipere und fructus percepti gebraucht.

Eine sehr ausführliche Erörterung über die Bedeutung der Perception der Frucht gab neuerlich Heimbach in seiner gründlichen Schrift: Die Lehre von der Frucht nach gemeinem Rechte Leipz. 1843 S. 64—88. Den Begriff von Fruchtperception, auf den er die bei seinem Versuche, „den Begriff der Perception aus „den Römischen Rechtsquellen zu reconstruiren," kommt, trifft zwar die Ausstellung nicht, welche nach dem oben Ausgeführten an der herrschenden Definition von fructus percepti zu machen ist. Allein während die Letztere zu eng ist, kommt Heimbach auf einen Begriff, der viel zu weit und unbestimmt ist, und auch noch in anderen Beziehungen wird seiner Ausführung nicht beizustimmen seyn.

Heimbach setzt „das Wesen des Begriffs von fructus „percipere in das Ergreifen des Fruchtkörpers als Einzelsache." Dieß ist allerdings die eine wesentliche Seite des Begriffs. Im Percipiren der Früchte liegt, daß die Früchte Einzelsachen geworden d. h. durch Trennung von der fruchttragenden Hauptsache für sich bestehende Sachen und mögliche Gegenstände eines gesonderten Eigenthums[4] geworden sind und sie als Solche ergriffen

4) Ungenau ist es wohl, wenn Heimbach a. a. O. S. 45 sagt, „daß „Eigenthum nur an Sachen gedacht werden kann, welche als Einzeldinge „existiren, daß mithin auf solche Sachen, welche mit anderen physisch ver„bunden sind und solange diese Verbindung dauert, nur als Theile einer „anderen Sache gelten können, der Begriff des Eigenthums gar

wurden. Allein dieß ist nur die eine wesentliche Beziehung des eigentlichen technischen Begriffs, nicht die erschöpfende. In einem weiteren Sinne heißt freilich percipere überhaupt einnehmen, in Einnahme bringen u. dergl. und so kann es auch ge-

---

„nicht anwendbar ist, weil er eines Objects ermangelt." Denn der Begriff des Eigenthums erstreckt sich auch auf die Sachen, welche mit anderen physisch verbunden sind, nur nicht als für sich existirende Sachen, sondern eben als Theile dieser anderen Sache. Daraus allein erklärt es sich auch, daß das Eigenthum des Eigenthümers der Hauptsache, das auf die ganze Sache und somit auch auf die ihr entwachsende und mit ihr verbundene Frucht sich erstreckt, an der von der Hauptsache getrennten Frucht, so weit nicht ein Dritter durch die Trennung oder nach der Trennung das Eigenthum an ihr erst erwirbt, fortdauert und daß daher der Eigenthümer z. B. vom Diebe die getrennte Frucht mit der condictio furtiva oder mit der rei vindicatio als sein Eigenthum zurückfordern und vom unredlichen Besitzer der Hauptsache, wenn er auch die Hauptsache nicht mehr besitzt, die Frucht als sein Eigenthum vindiciren kann (vergl. D. d. usufr. l. 12 §. 5 C. IV, 9 d. condict. ex lege cst. 3 und Heimbach a. a. O. S. 104). Noch weniger ist es zu billigen, wenn Heimbach gerade in jener Beziehung einen Unterschied zwischen dem Römischen und Deutschen Rechte finden will und S. 282 sagt, „das Röm. Recht geht von der Idee aus, daß die „Frucht erst von der Sache, auf der sie erzeugt ist, getrennt seyn, also als „Einzelding zu existiren angefangen haben müsse, ehe vom Eigenthumserwerbe „die Rede seyn könne, weil vorher ein des Eigenthums fähiges Object über-„haupt nicht vorliegt. Dem Deutschen Rechte ist diese Ansicht durchaus „fremd, vielmehr läßt sich auf das Bestimmteste nachweisen, daß es einen „Eigenthumserwerb an der Frucht schon vor der Separation annimmt. Dieß „findet namentlich statt bei der Feld- Garten- und Weinfrucht. Der Erwerb „der Ersteren wird an die Vollendung gewisser Arbeiten geknüpft, die zur „Fruchterzeugung nöthig waren; die Letzte gilt schon dann als verdient, wenn „ein bestimmter Termin vorüber ist. Separation und Perception ist nach „Deutschem Rechte zum Fruchterwerbe nicht nöthig." Das mittelalterige Deutsche Recht, namentlich der Sachsenspiegel (II, 58), von dem hier die Rede ist, weicht in jener Beziehung vom Römischen Rechte durchaus nicht ab; es geht nicht von dem der Natur der Sache Widersprechenden aus, daß die mit der Hauptsache noch verbundene Frucht einem Anderen zu Eigenthum gehören könne, als dem Eigenthümer der Hauptsache, und knüpft keineswegs den Eigenthmuserwerb an der Frucht (im Gegensatze zur Hauptsache) an die Vollendung der zur Fruchterzeugung nathwendigen Arbeiten, sondern handelt blos von dem Rechte, die Frucht sich anzueignen, sie für sich zu ziehen und zu behalten, das in gewissen Verhältnissen durch jene Arbeiten erworben wird.

braucht werden, wenn man Früchte nicht für sich, sondern für einen Anderen einnimmt. Aber da, wo der Ausdruck technisch gebraucht und ihm bei Verhältnissen zu Dritten eine besondere praktische Bedeutung gegeben wird (wie bei Nießbrauch, Pacht, Besitz einer fremden Hauptsache), da liegt in ihm stets zugleich die Beziehung auf die Absicht, für sich die Sache ziehen zu wollen, daß Jemand sich die Frucht als Einzelsache aneignet; nur dann hat er eigentlich die Frucht percipirt.

Dieß ist es aber, was Heimbach läugnet. Als Gründe für seine Ansicht führt er folgende zwei an:

„Erstens (sagt er a. a. O. S. 75, 76) setzen die Stellen, „welche den Perceptionsbegriff bei dem Nießbrauche erörtern, „das Wesen desselben lediglich in das apprehendere, nancisci „fructus, und daß diese Ausdrücke lediglich von dem körperlichen „Ergreifen der Frucht, nicht aber auch von dem Hinzutreten „des Animus Domini verstanden werden können, lehrt der Zu„sammenhang."

Allerdings ist apprehendere, nancisci fructus an sich unbestimmt; es bezeichnet im Allgemeinen blos das Ergreifen der Früchte, und begreift nicht nothwendig auch den Animus Domini in sich. Allein alle Stellen, welche, wie Heimbach sagt, den Perceptionsbegriff beim Nießbrauche erörtern, erörtern ihn lediglich in Beziehung auf den Eigenthumserwerb an den Früchten, den der Nießbraucher durch die Perception mache; sie setzen daher bei dieser Perception als in ihr begriffen durchaus den Animus Domini voraus und es läßt sich in ihnen das „percipere" gar nicht anders übersetzen, als durch: die Früchte als Einzelsachen in die Gewalt bringen, um sie nun als Solche für sich zu haben und zu behalten [5]. Das Gleiche ist der Fall, wenn die Quellen beim Pachter, beim redlichen Besitzer einer Sache und auch beim unredlichen von percipere fructus sprechen; sie verstehen darunter das Ansichnehmen der Sache in der Absicht, sie zu behalten, und wenn sie dieß auch nicht immer mit dürren Worten sagen [6]: so konnten sie doch voraussetzen, daß man

5) Vergl. z. B. D. VII, 1 de usufr. *l.* 12 §. 5. VII, 4 quib. mod. ususfr. *l.* 13. XXII, 1 d. usur. *l.* 25 §. 1. J. II, 1 de R. D. §. 36.

6) Wenn z. B. Heimbach S. 80 sagt: „Solange die Frucht auf dem

es bei der Frage, wann und wodurch ein Pachter Eigenthümer der Früchte werde, ferner wie es beim redlichen und unredlichen Besitzer einer Sache (der sich die Hauptsache und somit auch die Früchte zueignet) zu halten sey, wenn er die Früchte percipirt habe, gar nicht anders verstehen könne und deßhalb auch nicht anders verstehen werde.

Sprechend sind in dieser Beziehung auch noch andere Stellen. Es gibt z. B. Fälle, in welchen der in Güter des Erben eingewiesene Vermächtnißnehmer die Früchte aus denselben für sich ziehen und sich aneignen darf (gegen Abrechnung auf seine Forderung), andere Fälle dagegen, in welchen er dieß nicht darf; die erstere Befugniß wird einfach durch „fructus percipere" bezeichnet, so daß hier also gerade das Sichaneignen oder Fürsichbehalten als wesentlicher Bestandtheil des Begriffs von percipere fructus vorausgesetzt wird; in den letzteren Fällen dagegen wird blos von „cogere fructus coactosque servare" gesprochen; D. XXXVI, 4 ut leg. serv. *l.* 5 §. 16 vergl. mit §. 22 eod. Ebenso ist in ganz gleicher Weise, wie in den ersteren Fällen, „fructus percipere" gebraucht in D. XLII, 4 quib. ex caus. in poss. *l.* 7 §. fin. Eben deßhalb begreift auch die in den Pandecten mehrfach ausgesprochene Regel: „qui „voluntate domini fructus percipit, suos facit" unter dem percipere nicht das bloße Ergreifen der Frucht als Einzelsache, sondern auch noch dazu die Absicht, die Frucht für sich, um sie als eigen zu haben, zu ergreifen. Denn wie sollte man durch Apprehension einer Sache Eigenthümer derselben werden, wenn man nicht die Absicht hat, die Sache als Eigenthümer zu haben?

„Acker steht, wird sie vom Eigenthum und Besitz des Grundherrn angezogen; „dieses Verhältniß ändert sich natürlich nicht eher, als bis die, welche ihr „Benützungsrecht vom Eigenthümer ableiten, vermöge des ihnen gestatteten „Perceptionsrechts die Fruchtkörper als Einzelsachen ergreifen, wodurch diese „dann in ihr Eigenthum übergehen:" so wird Derselbe doch damit einverstanden seyn, daß durch das bloße Ergreifen der Fruchtkörper der Pachter und der Nießbraucher nie Eigenthümer derselben würde, sondern daß er es nur wird, weil er sie ergreift in der Absicht, sie für sich zu erwerben und zu haben. Das Perceptionsrecht muß also die Befugniß zum Ergreifen der Frucht, um sie sich anzueignen, enthalten.

Nur der Besitz im engeren Sinn kann hier zum Eigenthume führen und dazu ist der Animus Domini nöthig. Wollte man dieß läugnen, wollte man bei jener Regel mit Heimbach unter dem percipere blos das Ergreifen der Frucht als Einzelsache ohne den Animus Domini verstehen: so würde man auf ganz eigene Consequenzen kommen. Wenn ich z. B. meinem Taglöhner den Auftrag gebe, für mich Früchte zu schneiden und einzuheimsen: so würde er es seyn, der zunächst die Fruchtkörper als Einzelheiten ergreift; er würde also nach Heimbachs Begriff von Fruchtperception voluntate domini fructus percipere; also müßte man von ihm sagen: fructus suos facit? Gerade jene Regel der Pandecten beweist wohl am Entschiedensten, daß der technische Perceptionsbegriff wesentlich die Absicht, die Früchte sich anzueignen, in sich schließt.

Als zweiten Grund führt Heimbach für seine Behauptung an die Stelle in Paulus Sent. I, 13 B. §. 8 („possessor „hereditatis, qui ex ea fructus capere vel possidere „neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogitur"), indem er sagt: „Schon Paulus unterscheidet sehr genau zwischen „fructus capere, was offenbar mit percipere identisch ist, und „possidere, was dem Zusammenhange nach nur von dem Er„werb des Besitzes und zwar nach dem allgemeinen Sprachge„brauche der classischen Juristen des juristischen verstanden „werden kann; damit ist aber zugleich für das fructus capere „der Animus Domini geläugnet, welcher einen wesentlichen Be„standtheil des juristischen Besitzes ausmacht."

Wenn, wie Heimbach glaubt, durch diese Stelle für fructus capere und somit nach seiner Unterstellung auch für fructus percipere der Animus Domini geläugnet würde: so würde er dadurch viel weiter gehen, als in seiner eigenen Ansicht liegt, und jedenfalls als irgend gerechtfertigt werden kann. Auf keinen Fall liegt in percipere und capere fructus eine Negation des Animus Domini. Denn sonst wäre ja ein percipere und capere nicht vorhanden, sobald zu demselben der Animus Domini hinzukommen würde, und die Stellen, welche z. B. dem Nießbraucher und dem Pachter das Eigenthum der Frucht zuschreiben, sobald er sie percipire, würden dann sagen, er werde

Eigenthümer, sobald er sie ergreife, ohne die Absicht zu haben, sie ins Eigenthum zu erwerben. Dieß wird aber Heimbach selbst nicht behaupten wollen. So würde daher das capere fructus jedenfalls auch das Ziehen der Frucht mit dem Animus Domini umfassen. Uebrigens ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß Paulus gerade in dem Falle, von dem er spricht, mit capere fructus ein percipere in dem von mir behaupteten Sinne verband d. h. davon ausging, der Besitzer der Erbschaft habe in Beziehung auf die Früchte, die er zieht, dieselbe Absicht, welche er in Beziehung auf die Hauptsache hat, die er besitzt, und daß er daher durch das vel possidere nur das capere näher bestimmen wollte, eine Bedeutung, in welcher das vel ja nicht selten vorkommt. Hiernach sagt die Stelle wohl nichts anderes, als: die in derselben genannte Folge treffe den Besitzer, welche es vernachlässigte, Früchte zu ziehen oder die gezogenen Früchte in seinem Besitze zu erhalten [6a].

Noch weniger, glaube ich, kann man in einer anderen Beziehung der Ausführung von Heimbach beistimmen. Er behauptet S. 76 f., „die Befugniß, Früchte zu percipiren, sey ein „Ausfluß des juristischen Besitzes" und zwar jedes juristischen Besitzes; er geht also so weit, dem unredlichen Besitzer, selbst dem Diebe, geradezu die Befugniß zur Fruchtperception zuzuschreiben.

In keiner Stelle unsrer Quellen wird dem juristischen Besitzer als Solchem blos und allein, weil er juristischer Besitzer ist, eine Befugniß zugeschrieben, Früchte für sich zu ziehen. Der redliche Besitzer hat allerdings diese Befugniß, aber keineswegs blos und allein, weil er juristischer Besitzer ist, sondern weil er Besitzer im guten Glauben ist; im Falle des von Heimbach angef. §. 1 der Fragm. Vat. wird dem Besitzer

---

6 a) Als ich schon im Begriffe war, dieses Heft an die Druckerei abzugeben, bekam ich die tüchtige Recension zur Hand, welche A. v. Buchholtz über Heimbachs Schrift in Schneiders krit. Jahrbb. für Rechtswissenschaft Jahrg. VIII, 1844 S. 501 lieferte. Ich freute mich aus derselben zu sehen, daß auch Buchholtz in der oben angef. Beziehung mit Heimbach nicht übereinstimmt, und namentlich a. a. O. S. 518 die Stelle von Paulus auf dieselbe Weise auslegt, wie ich es oben that.

dieſe Befugniß zugeſchrieben, nicht weil er Beſitzer iſt, ſondern weil er voluntate dominae percipit. Und was ſagt Heimbach vom unredlichen Beſitzer? Er verwechſelt hier die faetiſche Perceptionsmöglichkeit mit der juriſtiſchen Perceptionsbefugniß, indem er ſagt [7]: vom unredlichen Beſitzer heiße es in den Quellen: „daß er percipiendo fructus suos non facit (D. de „usur. l. 25 pr.); es werde alſo dadurch zwar der Eigenthums„erwerb, nicht aber die Perceptionsbefugniß in Abrede geſtellt.“ Allein geht denn jene Stelle irgend von einer Befugniß des unredlichen Beſitzers aus, Früchte zu percipiren? Sie ſpricht blos von dem Falle, wenn er fructus perceperit, d. h. wenn er Früchte für ſich gezogen und ſich dadurch angeeignet hat, alſo blos von dem äußeren Factum der Perception. „Außerdem“ — fährt Heimbach fort — „wird in der Eigenthumsklage mehr„fach bezeugt, daß der unredliche Beſitzer die percipirten Früchte „zu vergüten hat; das iſt aber völlig unerklärlich, wenn wir ihm „nicht die Perceptionsbefugniß zuſprechen.“ Ich geſtehe, daß es mir völlig unerklärlich iſt, wie Heimbach das Letztere aus dem Erſteren folgern kann. Der Dieb z. B. muß die Sache, die er geſtohlen hat, dem Eigenthümer vergüten; folgt wohl aus dieſer ſeiner Verbindlichkeit, daß er befugt war, die Sache zu ſtehlen? Endlich meint Heimbach, der Umſtand, daß der unredliche Beſitzer Früchte, welche er hätte percipiren können, aber nicht percipirt hat, zu reſtituiren verbunden ſey, ſetze voraus, „daß er „unter gewiſſen Umſtänden ſogar die Verpflichtung habe, die „Frucht anſichzunehmen; wenigſtens reduciren die Röm. Rechts„quellen die Verpflichtung zur Reſtitution der Fructus percipiendi „geradezu auf Culpa.“ — Die Verpflichtung, für Fructus percipiendi einzuſtehen, heißt nur: dem wahren Berechtigten für die ihm durch das Vorenthalten der Hauptſache entgangenen Früchte Erſatz geben müſſen. Soweit hierbei dieſe Verpflichtung auf Culpa des Beſitzers reducirt wird, hat dieß nur die Bedeutung, daß der Beſitzer nicht für einen größeren Schaden verantwortlich gemacht werden ſoll, als welcher ihm wirklich imputirt werden kann. Von einer Verpflichtung, die Früchte anſichzunehmen,

7) A. a. O. S. 77.

ist hier nicht die Rede, sondern von einer Verpflichtung, für die Früchte Ersatz zu geben, die er deßhalb nicht herausgeben kann, weil er sie nicht zog und dem Eigenthümer der Hauptsache durch Vorenthalten der Sache die Möglichkeit nahm, sie selbst zu ziehen, und dieß wird in manchen Fällen sogar so weit erstreckt, daß der Besitzer auch für die Früchte einstehen muß, welche der Eigenthümer nach seinen Verhältnissen gezogen hätte, wenn er die Hauptsache in seinen Händen gehabt haben würde.

Nicht entfernt liegt aber allen diesen Bestimmungen der Gedanke zu Grunde, daß eigentlich der unredliche Besitzer als Solcher ein Recht habe, die Früchte zu percipiren. Freilich kann und darf, solange ihm die Hauptsache nicht rechtskräftig aberkannt ist, Niemand ihn im Percipiren der Früchte stören, weil Jeder in den factischen Zuständen, in denen er sich befindet, so lange zu schützen ist, bis sein Unrecht nachgewiesen und gerichtlich ausgesprochen wird. Ist aber dieses gerichtlich ausgesprochen: so ist auch eben damit erkannt, daß er nie ein Recht hatte, die Früchte zu percipiren, und eben deßhalb muß er für sie Ersatz geben, auch wenn er sie nicht mehr hat.

II.

Ziehbare Früchte (fructus percipiendi).

Wer für Fructus percipiendi (ziehbare Früchte) einzustehen hat, kann möglicherweise für Doppeltes einstehen müssen: 1. für den Ausfall an Früchten, welcher durch die bloße Unterlassung des Einsammelns und Einheimsens der an der Sache erwachsenen Frucht, also blos des Erndtens der zur Erndte reif gewordenen Frucht entstand, oder auch sogar 2. für die durch Unterlassung der Thätigkeit, welche zur Erzeugung der Früchte nöthig ist, also z. B. des Säens, Pflanzens, entgangenen Früchte.

Meines Wissens war man bisher darüber einig, daß die Verpflichtung, für die Fructus percipiendi einzustehen, sich auf Beides beziehe. Hiergegen erklärt sich nun aber Heimbach a. a. O. S. 171 f., indem er behauptet, daß für Fructus percipiendi haften müssen nur so viel heiße: für solche Früchte haften müssen, welche der Sache bereits entwachsen sind, aber vom

Besitzer vernachlässigt wurden und deßhalb untergegangen sind; also beschränkt er es blos auf die unter Nr. 1 angeführte Unterlassung, so daß ein unredlicher Besitzer eines fremden Grundstückes, welcher dasselbe Jahre lang ganz brach liegen läßt, dem Eigenthümer des Gutes für die Früchte, die durch gehörige Bewirthschaftung des Gutes hätten gezogen werden können und die der Eigenthümer, wenn ihm das Gut nicht vorenthalten worden wäre, gezogen haben würde, in keiner Weise zum Ersatze verbindlich wäre.

Mir scheint diese Ansicht durchaus unhaltbar zu seyn. Daß die Frage eine sehr practische ist, ergibt sich aus dem eben angegebenen Resultate, auf das diese Ansicht führen würde.

Heimbach ließ sich zu seiner Ansicht wohl durch die bloße Beachtung des Endpunktes der fructuum perceptio verleiten. Weil fructus percepti solche Früchte sind, welche man als Einzelsachen ergriffen hat: so sollen fructus percipiendi solche seyn, welche man als Einzelsachen hätte ergreifen können, welche also der Sache bereits entwachsen nun nicht percipirt werden; nur der Mangel dieses letzten Acts werde somit bei den Fructus percipiendi zum Vorwurfe gemacht, die Unterlassung der Erndte, nicht aber die Unterlassung der zur Erzeugung der Früchte nothwendigen Arbeiten. — Stellt man sich aber auch zunächst blos auf den Standpunkt dieser Argumentation: so folgt doch aus der Prämisse nicht die gezogene Consequenz.

Wenn Fructus percipiendi Früchte sind, die man als Einzelsachen hätte ergreifen können, aber nicht ergriffen hat: so kann der Grund, aus welchem man sie hätte ergreifen können, ein doppelter seyn. Man hätte sie ergreifen können, weil sie gewachsen sind (Heimbach's alleinige Unterstellung); man hätte sie aber auch ergreifen können, weil man sie hätte zum Wachsthum bringen können. Der Grund des Nichtergreifens ist somit ebenfalls ein doppelter: weil man entweder die gewachsenen Früchte vernachlässigte oder weil man es vernachlässigte oder dem Berechtigten die Möglichkeit entzog, Früchte zum Wachsthum zu bringen. In dem Ausdrucke der Röm. Quellen „fructus, qui percipi potuerunt," liegt schon dem Wort-

sinne nach Beides; ein Grund zu einer Beschränkung müßte erst nachgewiesen werden. Dieß hat aber Heimbach nicht gethan.

Zwar bemerkt Heimbach S. 175: „Nirgends sagen die „Quellen, daß der Besitz einer fremden Sache verpflichte, auf „ihr Arbeiten zum Zwecke der Früchteerzeugung vorzunehmen." Allein abgesehen davon, daß Heimbach's Beispiele sämmtlich vom redlichen Besitzer der Hauptsache (ehe gegen ihn geklagt wird) hergenommen sind, welcher gar nicht für die Fructus percipiendi haftet, und vom beschenkten Ehegatten, bei welchem ein ganz besonderes Verhältniß obwaltet: so ist überhaupt bei den Fructus percipiendi von einer eigentlichen Verpflichtung, Früchte zu erzeugen, so wenig die Rede, als von einer Verpflichtung, die entwachsenen Früchte wirklich zu ziehen. Die Verpflichtung, von der hier die Rede ist, ist lediglich die, dem wahren Berechtigten die Hauptsache nicht vorzuenthalten, und daraus folgt dann die weitere Verpflichtung, dem wahren Berechtigten für die Früchte Ersatz zu geben, die ihm durch dieses Vorenthalten entgehen, und deßhalb ihm die percipirten Früchte, soweit sie noch vorhanden sind, herauszugeben und für die verzehrten und für diejenigen, welche aus der Sache sich hätten percipiren lassen aber nicht percipirt wurden, Ersatz zu leisten. Der Maaßstab, nach welchem dieses percipiren Können beurtheilt wird, ist in verschiedenen Verhältnissen ein verschiedener und dieser bestätigt es noch besonders, daß bei den Fructus percipiendi von einer eigentlichen Verpflichtung zu percipiren nicht die Rede ist, wie dieß am Schlusse dieser Ausführung näher gezeigt werden wird.

Ueberhaupt aber läßt sich auch noch auf andere Weise nachweisen, daß die Quellen die Fructus percipiendi in dem ausgedehnteren Sinne nehmen, den Heimbach in Abrede zieht. Man könnte dafür schon anführen, daß die Fructus percipiendi in den Quellen näher bestimmt werden durch „qui percipi honeste potuerunt" (l. 38 pr. de R. Vind. Paulus Sent. I, 13 A. §. 9); denn bei Früchten, die der Sache bereits entwachsen sind, kann nicht wohl die Frage entstehen, ob sie honeste percipi potuerunt, wohl aber konnte diese Frage entstehen bei Früchten, von deren Vorbereitung und Erzeugung es sich erst handelt.

Auf das Entschiedenste aber wird Heimbach's Ansicht widerlegt durch die Stellen, welche zu den Fructus percipiendi auch solche Früchte zählen, die man hätte ziehen können, wenn die Hauptsache nicht untergegangen wäre, und durch Das, was die Quellen über ziehbare bürgerliche Früchte sagen. In ersterer Hinsicht rechnet die *l.* 33 d. R. Vind. ausdrücklich zu den fructus qui percipi potuerunt diejenigen Früchte, welche der Eigenthümer aus der durch Absicht oder Fahrlässigkeit des Besitzers zu Grunde gegangenen Sache bis zur Fällung des Erkenntnisses über den Eigenthumsprozeß hätte gewinnen können; sie sagt: „Fructus „non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt, „aestimandi sunt: et ideo, si dolo aut culpa possessoris „res petita perierit, verlorem putat Pomponius Trebatii „opinionem, putantis eousque fructuum rationem habendam, „quousque haberetur, si non periisset; id est ad rei judi„candae tempus; quod et Juliano placet." Hier ist offenbar nicht blos von Früchten die Rede, welche schon der Sache entwachsen waren und die man nur als Solche vernachlässigte, nicht blos von einer culposen Unterlassung des Einsammelns und des Besitzerwerbens solcher Früchte (worauf Heimbach S. 175 die Verpflichtung, für percipiendi Fructus einzustehen, beschränkt), sondern vom Ersatze aller der Früchte, welche in der ganzen Zwischenzeit überhaupt aus der Hauptsache hätten gezogen werden können. Eben so entschieden spricht gegen Heimbach Das, was die Quellen in Beziehung auf die s.g. bürgerlichen Früchte sagen. Auch hier soll der unredliche Besitzer einstehen für die „pensiones, quas percepit aut percipere poterat" (C. III, 32 d. rei vind. cst. 5). Dieß bezieht Heimbach consequent nur auf „solche Miethgelder, die fällig geworden, aber vom unredlichen „Besitzer nicht erhoben worden sind," also nicht auf die Verpflichtung, für solche Miethgelder einzustehen, die der Besitzer durch Vermiethung hätte ziehen können, aber deßhalb nicht gezogen hat, weil er die Vermiethung unterließ. Allein von Anderem abgesehen, was gegen diese Ansicht spricht: so wird sie wohl entschieden widerlegt durch die *l.* 62 d. R. Vind. Denn in dieser [1])

1) „Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi „sunt, ut in taberna et area, quae locari solent. Quod non est ei

ist doch ganz bestimmt gesagt, daß bei Sachen, quae locari solent, der unredliche Besitzer derselben dem Eigenthümer für die Miethgelder einzustehen habe, die er durch Vermiethung der Sache hätte ziehen können [1 a]).

Mit dieser unrichtigen Ansicht von Heimbach hängt auch zusammen, daß er den verschiedenen Maaßstab, welchen die Quellen für die Fructus percipiendi nach den verschiedenen Verhältnissen festsetzen, in Abrede zieht, und die Meinung, welche einen solchen verschiedenen Maaßstab annimmt, eine „ganz verwerfliche „und offenbar nur auf einer falschen Auffassung des Begriffs „der percipiendi Fructus beruhende" nennt. Aus Heimbachs Begriff von percipiendi Fructus könnte man dieß folgern; allein dieser ist eben als ein zu beschränkter nachgewiesen worden.

Unsre Quellen unterscheiden nämlich folgenden doppelten Maaßstab für die Beurtheilung der Fructus percipiendi:

1. Durch Fructus percipiendi können bezeichnet werden solche Früchte, welche der Berechtigte in seinen Verhältnissen hätte ziehen können und nach seinen Gewohnheiten gezogen haben würde, wenn er die Hauptsache in Händen gehabt hätte, welche er aber nicht gezogen hat, weil ihm ein Dritter die Sache vorenthielt. Nach diesem Maaßstabe beurtheilen die Quellen die Fructus percipiendi und nehmen sie in diesem Sinne beim unredlichen Besitzer einer fremden Sache. Dieser hat dem Eigenthümer der Hauptsache die Früchte zu ersetzen, welche der Eigenthümer auf die angegebene Weise hätte ziehen können. Es wird also hier die ziehbare Frucht nach den Verhältnissen des Eigenthümers der Sache bemessen. Dieß sagt ganz unzweifelhaft die *l.* 62 §. 1 de R. Vind. in den Worten: „Generaliter au„tem, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat „animadverti debere, non an malae fidei possessor fruitu-

---

„contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, „usuras praestare non cogitur; nam etsi maxime vectura, sicut usura, „non natura pervenit, sed jure percipitur: tamen ideo vectura desi„derari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare „non debet, cum pecunia periculo dantis foeneretur."

1 a) Vergl. nun auch v. Buchholtz, welcher in der oben angef. Recension S. 516 f. im Resultate ganz mit meiner Ansicht zusammentrifft.

„rus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere li-„cuisset; quam sententiam Julianus quoque probat.“ Ebenso sagt die cst. 4 C. VIII, 4 unde vi in Beziehung auf die causa rei, für welche der Beklagte einzustehen hat: „in qua fructus „etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non „tantum quos praedo percepit, venire non ambigitur“ (vrgl. auch D. IV, 2 quod met. causa *l.* 12 pr.). Was kann nun aber diese Rücksicht auf die Person des Klägers, des Berechtigten, bedeuten? Doch nur die Rücksicht auf Das, was derselbe nach seinen Verhältnissen, wenn die Sache, die ihm vorenthalten wurde, in seinen Händen gewesen wäre, aus ihr hätte ziehen können [2]).

2) Heimbach gibt auch zu, daß die Röm. Juristen „die Früchte nicht „nach der Person des Beklagten abschätzten, sondern vielmehr dabei die des „Klägers berücksichtigten und demnach dem Beklagten die Herausgabe aller „Früchte zumutheten, welche Dieser (Jener) aus der Sache hätte ziehen kön-„nen, wofern er sie von Anfang zur Benützung gehabt hätte.“ Allein dieß ist keineswegs allgemein der Fall, wie aus dem im Texte Ausgeführten hervorgeht; und dann legt Heimbach diese Beziehung auf die Person des Klägers und die Früchte, die Dieser aus der Sache hätte ziehen können, wofern er sie von Anfang an zur Benützung gehabt hätte, auf eine wohl nicht zu rechtfertigende Weise aus, nämlich dahin: „Der Kläger hat zu be-„weisen, daß die Frucht zur Existenz gekommen ist, und der Beklagte „diese zu erstatten, wofern er nicht durch den Beweis der Diligenz oder — „was dasselbe ist — des Casus von dieser Verbindlichkeit frei wird. Inso-„fern wird der Fruchtbetrag nur nach der Person des Klägers, nicht nach „der des Beklagten abgeschätzt.“ Ich gestehe, nicht einzusehen, wie hierin eine Abschätzung des Fruchtbetrags nach der Person des Klägers liegen soll. Was wird denn hier nach der Person des Klägers bestimmt oder ermessen? Denn übrigens Heimbach S. 184 der vorhin aus ihm angef. Stelle noch beifügt: „Denn daß Dieser (der Beklagte) durch Casus frei wird, „versteht sich von selbst, weil ja dieser auch den Kläger betroffen haben „würde, wenn er von Anfang an im Besitze der Sache gewesen wäre:“ so ist dagegen zu bemerken, daß die letztere Unterstellung in manchen Fällen keineswegs zutreffen wird. Denn bei manchen Zufällen läßt sich wohl nachweisen, daß die Sache von ihnen nicht betroffen worden wäre, wenn der Kläger sie in Händen gehabt haben würde; namentlich wird dieß häufig bei beweglichen Sachen vorkommen, z. B. wenn eine solche im Hause des Beklagten, in welchem ein Brand ausbricht, verbrennt; aber auch bei unbeweglichen Sachen ist es möglich, z. B. wenn ein Dritter das Haus, das der Beklagte besitzt, aus einer lediglich gegen Diesen gerichteten Bosheit anzündet.

2. In anderen Fällen dagegen ist das Moment der Beurtheilung der percipiendi fructus die Person Dessen, der für sie Ersatz geben muß, und der gewöhnliche Fleiß, den ein sorgsamer Mann in solchen Dingen anzuwenden pflegt, d. h. der Ersatzpflichtige wird nur zu Dem verbunden, was er in seinen Verhältnissen als sorgfältiger Hausvater hätte ziehen können. Dieß ist der Fall beim redlichen Besitzer [3], von der Zeit an, in welcher er auf Herausgabe der Sache belangt wurde. Daß Dieser blos hierzu und nicht zu mehr verbindlich wird, liegt ganz in dem Princip überhaupt, auf welchem sein Haften für Sache und Früchte von der Einleitung des Prozesses an beruht (s. mein Handbuch B. II. §. 63). Auch bedienen sich hier die Quellen stets nur solcher Ausdrücke, welche auf eine weiter gehende Verpflichtung nicht bezogen werden können; sie machen ihn blos für Das verbindlich, was er percipere potuit oder was er culpa sua non percepit [4]; er hat hier blos für vernachlässigte Früchte zu

3) Wenn Heimbach a. a. O. S. 161 sagt: „es verstößt gegen klare Gesetze, wenn der redliche Besitzer seit der litiscontestatio in der Eigenthumsklage anders behandelt werden soll, als der unredliche vor derselben:" so ist dieß nur als Regel richtig: daß aber diese Regel ihre Ausnahmen hat, beweisen u. A. D. de R. Vind. *l.* 15 §. 1 *l.* 27 §. 1 *l.* 21 vrgl. mit D. de H. Pet. *l.* 40 pr. Es ist mit jener Regel gerade, wie mit der Regel: ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset res. Als Regel wird sie allerdings in den Quellen ausgesprochen; allein sie ist keineswegs eine ausnahmslose. Vrgl. *l.* 40 pr. cit. und mein Handbuch B. II §. 63.

4) C. III, 31 d. H. Pet. cst. 1 §. 1. Schwierigkeit scheint hier blos zu machen J. IV, 17 §. 2, indem es dort heißt: „Illorum fructuum, quos „culpa sua possessor non percepérit, sive illorum, quos perceperit, „in utraque actione eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit. Si „vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio neque consum„torum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem „etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti „non sunt, vel percepti consumti sunt." Denn hier scheinen beide Besitzer, der unredliche und redliche, gleich behandelt zu werden. Allein es ist zu beachten, daß die Stelle blos in Beziehung auf den redlichen Besitzer eine bestimmte Entscheidung gibt und sagt, er hafte nur nach begonnenem Prozesse für Früchte, qui culpa possessoris percepti non sunt; über Das, für was der praedo zu haften hat, wird eine genauere Entscheidung nicht gegeben, sondern nur im Allgemeinen der Früchte erwähnt, quos culpa sua

haften (nur für diesen Fall paßt der Ausdruck „vernachläßigte Früchte" für die Fructus percipiendi, den Manche ganz allgemein für die Fructus percipiendi gebrauchen).

Diesen doppelten Maaßstab bei der Beurtheilung Dessen, was zu den Fructus percipiendi gehört, nehmen wohl auch die Meisten unsrer neueren Schriftsteller an, so namentlich Weber in Höpfner's Comment. §. 333 Note * Glück Pand. Comment. VIII S. 262 Thibaut Pandectenr. §. 181 a. E., §. 709 Nr. 1 Wening-Ingenheim Civilr. 5. Ausg. I §. 121 S. 300 Mühlenbruch Pandectenr. II §. 271 Nr. II v. Vangerow Pand. I §. 333 S. 585, 586 Göschen Vorless. II §. 238 bei Note 5 und 8 [4a].

---

possessor non perceperit, ohne zu bestimmen, daß der praedo blos für diese zu haften habe. Wie es daher mit Dem, was über die Culpa hinausgeht, zu halten sey, ist aus anderen Stellen zu ergänzen, namentlich aus den unter Nr. 1 angeff. und besonders aus dem Grundsatze in l. 40 pr. D. d. H. P. und aus l. 17 §. 1 d. R. V., Stellen, welche in den entschiedensten Widerspruch mit jener Institutionenstelle kommen würden, wenn man Letztere dahin verstehen wollte, daß auch der praedo blos für die Früchte hafte, quos culpa sua non perceperit.

4 a) Dagegen verwirft nun v. Buchholtz in der angef. Recension S. 517 f. wie Heimbach, den doppelten Maaßstab. Zwar ist zuzugeben, daß, wie Buchholtz bemerkt, auch beim unredlichen Besitzer, wenn von seiner Verpflichtung zum Ersatze der Fructus percipiendi die Rede ist, bisweilen der Ausdruck fructus, quos percipere potuit, gebraucht wird z. B. cst. 5 de rei vind. Allein ich glaube, daß dieß so zu erklären ist: wie wir im Allgemeinen durch Fructus percipiendi sowohl beim redlichen, als unredlichen Besitzer die Früchte bezeichnen, welche er zwar nicht gezogen, für die er aber doch Ersatz zu geben hat, wiewohl wir annehmen, daß diese Früchte bei dem unredlichen Besitzer nach anderen Momenten zu bestimmen sind, als bei dem redlichen, und die Ziehbarkeit im ersteren Falle eigentlich zunächst auf den Eigenthümer, im letzteren auf den Besitzer geht; so scheinen auch die Röm. Juristen gewöhnlich für die Sache der Kürze wegen Ausdrücke gebraucht zu haben, welche nicht ganz scharf bezeichnend und entweder so unbestimmt sind, wie der bei uns gebräuchliche, z. B. fructus, qui percipi potuerunt, oder nur das Minimum aussprechen, für welches jeder Besitzer haften muß, z. B. fructus, quos possessor percipere potuit oder debuit. Beim redlichen Besitzer nun gebrauchen sie blos solche Ausdrücke, gehen also nie über das Minimum, über die Culpa des Besitzers hinaus; beim unredlichen aber gehen sie in anderen Stellen noch weiter, und legen (wie auch X. II, 13 de restit. spol. c. 11) nicht blos den Maaßstab seiner Culpa

III.

Zur Frage über den Bezug der Früchte des letzten Jahres, namentlich der Grundgefälle.

Steht Jemanden vermöge selbstständigen dinglichen Rechts der Fruchtgenuß einer Sache zu: so wird, wenn sein Recht erlischt, die Frage wichtig, ob und wie zwischen ihm und dem neuen Fruchtberechtigten die Früchte des letzten Jahres, in welchem die Endigung des Rechts eintritt, zu theilen sind. Namentlich ist diese Frage von Wichtigkeit beim Nießbrauche, indem von dem Augenblicke an, an welchem das Nießbrauchsrecht (z. B. durch den Tod des Nießbrauchers) erlischt, sofort auch die Befugniß, die Früchte der Sache zu ziehen, für den Nießbraucher und seine Erben aufhört und dieses Recht sich wieder mit dem Eigenthum der Sache verbindet, also dem Eigenthümer wieder zukommt.

Bei den natürlichen Früchten einer Sache kann die Entscheidung der Frage nach unsren Quellen und nach der Natur

---

zu Grunde, sondern die Rücksicht auf Das, was sein Gegner, der wahre Berechtigte, nach seinen Verhältnissen als guter Hausvater gezogen haben würde, wenn er die Sache in Händen gehabt hätte. — Gerade dieses Letztere und die in den Röm. Quellen sonst anerkannten allgemeinen Grundsätze scheinen mir der Hauptpunkt zu seyn, der gegen die Ansicht von Buchholtz und Heimbach spricht. Nach Buchholtz S. 518 soll der Maaßstab, nach welchem die Fructus percipiendi zu bestimmen sind, durchaus blos die diligentia diligentis patris fam., also die Culpa des Beklagten seyn. Allein damit weiß ich nicht zu vereinigen, wenn Buchholtz S. 516 zugibt, daß bei der Bestimmung der Fructus percipiendi (wie er annimmt, überhaupt, wie ich mit der gewöhnlichen Meinung annehme, beim unredlichen Besitzer) auf die Person des Klägers, des Berechtigten, gesehen werde. Denn ist diese Rücksicht zu nehmen, muß also der Besitzer für Das einstehen, was nach den Verhältnissen des Klägers ein sorgsamer Mann gezogen haben würde: so wird er zu einem Haften verpflichtet, das über seine Culpa hinausgeht. Diese höhere Verpflichtung dem redlichen Besitzer aufzulegen, wäre ungerecht und gegen die allgemeinen Grundsätze; aber den unredlichen Besitzer und den Morosen von ihr befreien, wäre ebenso gegen die allgemeinen Grundsätze, da Dieser dem Gegner sein volles Interesse ersetzen muß. Vrgl. D. XLIII, 16 de vi *l.* 1 §. 41. IV, 2 quod metus causa *l.* 12 pr. XXX de legat. I *l.* 39 §. 1. V, 3 de H. Pet. *l.* 40 pr.

der Sache nicht zweifelhaft seyn. Von dem Momente an, an welchem das Recht des bisherigen Fruchtberechtigten erlischt, hört eben damit für ihn die rechtliche Möglichkeit auf, noch fernerhin Früchte aus der Sache zu ziehen; die Früchte aber, welche er bis dahin bezogen hat, hatte er während der Dauer seines Rechts, somit befugter Weise sich angeeignet; sie verbleiben ihm also. Hiernach entscheidet bei natürlichen Früchten lediglich der Zeitpunkt der Perception. Der Nießbraucher oder sein Erbe behält z. B. alle Früchte, die er während der Dauer seines Nießbrauchsrechts percipirte, sollte er auch unreife Früchte gezogen haben (D. VII, 1 de usufr. *l.* 48 §. 1); von dem Augenblicke an aber, an welchem das Ende des Nießbrauches eintritt, hat er keine Befugniß, keine rechtliche Möglichkeit mehr, die Früchte der Sache sich anzueignen; die Früchte daher, welche der Nießbraucher in diesem Momente noch nicht percipirt hatte, kann nun blos der neue Fruchtberechtigte, der Eigenthümer der Sache ziehen und sich aneignen, mögen sie nun zu jener Zeit völlig reif gewesen seyn oder nicht, oder mögen sie sogar von der fruchttragenden Sache schon getrennt gewesen seyn, wie das abgefallene Obst, wenn nur nicht der Nießbraucher sie für sich trennen ließ oder sie sonst sich angeeignet hatte (D. VII, 4 quib. mod. ususfr. *l.* 13 Württ. LandR. IV, 5 §. 5 und mein Handbuch B. II §. 42 bei Note 16).

Handelt es sich von bürgerlichen Früchten: so ist zu unterscheiden:

1. der Fruchtberechtigte, dessen Recht sich endigte, hatte die Hauptsache einem Dritten zur Benützung um eine Gegenleistung überlassen, z. B. die Sache, welche natürliche Früchte trägt, verpachtet, oder den Gebrauch der Sache, eines Hauses ꝛc. vermiethet.

In diesen Fällen spricht man häufig, sprechen namentlich die Württ. Schriftsteller meist von einer Vertheilung der bürgerlichen Früchte des letzten Jahrs zwischen dem alten und neuen Fruchtberechtigten nach einem gewissen Maaßstabe. Allein daß man hier von einer Vertheilung der bürgerlichen Früchte in der Regel gar nicht sprechen kann, ergibt sich aus Folgendem:

Der Vertrag, den der alte Fruchtberechtigte mit dem Dritten

über die Benützung der Sache schloß, ist für den neuen, unabhängig vom alten in den Fruchtgenuß der Sache eintretenden, Fruchtberechtigten etwas völlig Indifferentes. Jener Vertrag kann blos zwischen dem alten Fruchtberechtigten und dem Dritten, mit dem er contrahirte, ein persönliches Rechtsverhältniß begründen, für den neuen Fruchtberechtigten aber weder eine Quelle von Rechten, noch eine Quelle von Verbindlichkeiten werden. Sobald daher das Recht des alten Fruchtberechtigten aufhört, hat nun der neue Fruchtberechtigte (also mit dem Aufhören des Nießbrauches der Eigenthümer der Sache) das ausschließliche Recht auf Benützung der Sache, unabhängig von jenem Vertrage. Er kann mithin den Dritten, dem der alte Fruchtberechtigte ein persönliches Recht auf Benützung der Sache eingeräumt hatte, sofort austreiben und nun die Sache selbst in Benützung nehmen, dagegen aber auch vom Dritten für die Folgezeit kein Mieth- oder Pachtgeld verlangen; er hat also im genannten Falle auf gar keinen Theil der bürgerlichen Frucht ein Recht. Denn er ist durch jenen Vertrag, den der alte Fruchtberechtigte mit dem Dritten geschlossen hatte, unmittelbar weder verpflichtet noch berechtigt. Die Frage daher, was der alte Fruchtberechtigte (oder seine Erben) von jenem Dritten am Mieth- oder Pachtgelde des letzten Jahres ansprechen können, ist eine Frage, die den neuen Fruchtberechtigten gar nicht berührt, und bildet eine lediglich zwischen dem alten Fruchtberechtigten und dem Dritten, mit dem er contrahirt hatte, auf den Grund des geschlossenen Vertrages abzumachende Sache. Hieraus folgt, falls über die Frage zwischen den Letztgenannten in dem Vertrage nicht ausdrücklich eine besondere Bestimmung getroffen wurde [1], daß der alte Fruchtberechtigte (oder sein Erbe) von jenem Dritten das Mieth- oder Pachtgeld des letzten Jahres in dem Verhältnisse verlangen kann, in welchem dieser den Nutzen aus der Sache, auf den er Anspruch zu machen hatte, wirklich gezogen

1) Denn dann ist die Sache nach dieser Vertragsbestimmung zu behandeln. Gewöhnlich wird dieß nicht beachtet; mit Recht macht Heimbach Lehre von der Frucht S. 91, 92 darauf aufmerksam. Vrgl. aber die folg. Note.

hat. Es kommt daher hier auf das von dem Dritten geschehene Factum der Perception an. Wendet man nun dieß auf das Pacht- und Mieth- und auf das Verhältniß zwischen Nutznießer (und seinen Erben) und dem Eigenthümer der Sache an: so ergibt sich hiefür folgendes Resultat:

a. hatte der Nießbraucher die Sache, welche natürliche Früchte trägt, verpachtet: so kann er vom Pachter das Pachtgeld des Jahres, in welchem der Nießbrauch erlischt, in soweit ansprechen, als der Pachter die natürlichen Früchte wirklich percipirt hat [2]. Hatte daher der Pachter bei Beendigung des Nießbrauches noch nichts percipirt, z. B. starb der Nießbraucher eines verpachteten Weinbergs im August: so kann der Nießbraucher oder sein Erbe gar nichts verlangen — aber auch der Pachter bekommt von den Früchten gar nichts, weil er, da er sein Recht vom Nießbraucher ableitet und dieses letztere erloschen ist, nichts mehr percipiren darf. Das Recht zur Perception hat nun allein der Eigenthümer der Sache, indem er den Pachter sofort austreiben darf (D. XIX, 2 loc. *l.* 9. §. 1 *l.* 32); nur muß er dem Pachter die etwaigen Saatkosten ersetzen. Hatte in einem solchen Falle der Pachter dem Nießbraucher das Pachtgeld vorausbezahlt: so ist keineswegs — wie Bolley 33 Aufsätze S. 233 sagt; denn die *l.* 26 de usufr. gehört nicht hierher; s. Lit. c. — der Nießbraucher verbunden, das Pachtgeld dem Eigenthümer zu ersetzen (dem dieser hat vom Pachtgelde an sich nichts anzusprechen), sondern er hat es dem Pachter zurückzugeben. Hatte der Pachter die ganze Erndte gemacht: so muß er das ganze Pachtgeld an den Nießbraucher oder dessen Erben zahlen, z. B. wenn der Nießbraucher im November stirbt, sollte auch das Pachtgeld erst im folgenden December oder März fällig werden (D. VII, 1 usufr. *l.* 58 pr.). Der Eigenthümer bekommt somit von den

---

2) Heimbach a. a. O. erklärt sich gegen diesen Grundsatz und meint, daß nicht dieser Gesichtspunkt entscheide, sondern die „Lex Contractus." Allein wie soll es denn gehalten werden, wenn der Vertrag über diese Frage, wie gewöhnlich, schweigt? Wenn Heimbach behauptet, in den Pandecten sey jener Grundsatz nicht ausgesprochen: so hat er *l.* 58 principium D. de usufr. übersehen (er führt nur *l.* 58 §. 1 an; eine Stelle, die allerdings nichts beweist).

Früchten des letzten Jahres in diesem Falle nichts, eben weil bei Beendigung des Nießbrauches nichts mehr da ist, was er percipiren könnte. Hatte aber der Pachter nur einen Theil der Früchte geerndet: so kann der Nießbraucher blos einen verhältnißmäßigen Theil des Pachtgeldes von ihm verlangen (D. XIX, 2 loc. *l.* 9 §. 1). Aber auch in diesem Falle kommt es nicht zu einer verhältnißmäßigen Vertheilung des Pachtgeldes zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer der Sache. Dieser kann sofort den Pachter austreiben und die noch nicht geerndteten Früchte nun für sich erndten (*l.* 9 §. 1 cit. *l.* 32 eod.), nicht aber den Rest des Pachtgeldes vom Pachter fordern, da er mit diesem gar nicht in einem persönlichen Verhältnisse, das ihn zu einer solchen Forderung befugen würde, steht. Eine solche Forderung könnte er nur dann erhalten, wenn er den Pachter durch einen besondern Vertrag als seinen Pachter annimmt (vrgl. *l.* 9 §. 1 *l.* 32 cit. u. D. de usufr. *l.* 59 §. 1), in welchem Falle aber dann nur dieser besondere Vertrag (nicht die gesetzliche Bestimmung) ihm ein Recht auf den Bezug von Pachtgeld geben und die zu beziehende Summe sich lediglich nach dem Vertrage bestimmen würde.

b. Ganz so ist es eigentlich auch in dem Falle, wenn der Nutznießer eine Sache, welche keine natürliche Früchte trägt, z. B. ein Haus vermiethet hatte. Zwar wird dieser Fall gewöhnlich dem des Pachtes entgegengesetzt und hier besonders von einer Vertheilung der Früchte des letzten Jahres zwischen Nutznießer und Eigenthümer gesprochen (vgl. Griesinger Comm. z. Württ. Landr. B. VIII. S. 586 Bolley 33 Aufsätze S. 243 Reyscher Württ. Privatr. §. 106 Note 2). Allein dieß ist entschieden unrichtig und müßte, wenn man es mit Consequenz festhalten wollte (wie es z. B. in dem in Note 3 angef. Württ. Gesetzesentwurfe geschah), zu Principlosigkeiten führen.

Bei der Miethe zieht der Miethsmann in der Regel jeden Augenblick den Nutzen aus der Sache, der ihm durch den Vertrag verschafft werden soll, z. B. bei der Miethe eines Hauses, das der Miethsmann bezogen hat. Hat daher der Nießbraucher eines Hauses dasselbe vermiethet: so kann er oder sein Erbe das Miethgeld des letzten Jahres für die ganze Zeit vom Mie-

ther verlangen, während welcher der Nießbrauch dauerte, also z. B. 3/4 des Miethgeldes, wenn der Nießbrauch nach Ablauf des neunten Monats endigte (vrgl. D. XIX, 2 loc. l. 9 §. 1). Allein zu einer Vertheilung des Miethgeldes des letzten Jahres zwischen dem Nießbrauche und dem Eigenthümer führt dieß an sich nicht, aus denselben Gründen, welche beim Pachte entwickelt wurden; denn der Eigenthümer kann nur den Miethsmann austreiben und für sich den Gebrauch des Hauses ansprechen; auf den Rest des Miethgeldes hat er kein Recht, weil er mit jenem Miethsmann nicht in Vertragsverhältnissen steht, und er kann nur durch einen besonderen mit dem Miethsmann zu schließenden Vertrag ein solches Recht bekommen, ein Vertrag aber, zu welchem keine Parthie die andere nöthigen kann [3].

---

3) Die eben entwickelten Grundsätze folgen ganz consequent aus den allgemeinen Principien unsres positiven Rechts, und es ist daher gewiß zu mißbilligen, wenn der bei den Ständen eingebrachte Entwurf eines Zusatzgesetzes zum Württ. Pfandgesetze (mein Handb. B. 1 S. 994) Art. 9 sie aufheben und bei den Miethgeldern des letzten Jahres den Grundsatz der Vertheilung derselben nach dem Verhältnisse der Zeitdauer des Nutzungsrechts festsetzen und ihn sogar auch bei den Pachtgeldern einführen will und zwar theils weil die Sache dadurch einfacher und billger werde (dieß führt v. Bolley Entwürfe von Gesetzen ꝛc. S. 165, 166 dafür an), theils weil die Grundsätze des Art. 9 mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen im Einklange stehen (diesen Grund führt der Begleitungsvortrag des Depart.Chefs dafür an). Allein die Bemerkung, daß die Grundsätze des vorgeschlagenen Artikels mit den gemeinrechtlichen in dieser Hinsicht im Einklange stehen, beruht entschieden auf einem Irrthume. Einfacher würde die Sache dadurch allerdings; allein ob richtiger entschieden, möchte sehr die Frage seyn; vielmehr ist jene Entscheidung mit der Consequenz des Rechts, mit den allgemeinen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen und im Entwurfe noch dazu nicht consequent durchgeführt. Durch eine solche Bestimmung würde namentlich bei den Pachtgeldern (worauf auch schon Griesinger Comment VII S. 581 f. und früher Bolley selbst 33 Aufsätze S. 235 hindeutete) in die Willkühr des Nutznießers gestellt, dem Eigenthümer nach Umständen sehr zu schaden. Würde z. B. der Nutznießer die Sache nicht verpachten und vor dem Bezug der Früchte, etwa am Ende des achten Monats des letzten Jahres, sterben: so fallen die natürlichen Früchte des letzten Jahres auch nach jenem Entwurfe durchaus dem Eigenthümer der Sache zu; hätte aber der Nutznießer die Sache verpachtet und würde er in demselben Zeitpunkte wie in dem eben angegebenen Beispiele, ehe der Pachter

c. Nur in dem seltenen Falle (auf den auch Bolley 35 Auff. S. 231 in der Note aufmerksam macht, während er aber im Texte auch in anderen Fällen unrichtig von einer Vertheilung

---

erndtete, sterben: so würde nun der Eigenthümer der Sache nach jenem Entwurfe zwei Dritttheile weniger bekommen, d. h. die noch nicht percipirten Früchte dürfte er gar nicht percipiren; er wäre vielmehr lediglich an einen verhältnißmäßigen Theil des Pachtgeldes gebunden und von diesem würde er blos 1/3, der Erbe des Nutznießers aber 2/3 bekommen. Durch diese Bestimmung würde also von der rein willkürlichen Handlung des Nutznießers, ob er verpachtet oder nicht verpachtet, das Interesse des Eigenthümers auf eine empfindliche Weise abhängig gemacht. Es fehlt daher diesem legislativen Vorschlage gerade an Dem, was im Rechte so wichtig ist und die Gerechtigkeit verlangt, an aller Consequenz; will man die Pachtgelder des letzten Jahres verhältnißmäßig nach der Zeitdauer zwischen Nutznießer und Eigenthümer theilen: so müßte man dann für den Fall, wenn nicht verpachtet würde, das Princip, daß die Perception entscheide, aufheben und auch die natürlichen Früchte nach der Zeit theilen! Ueberhaupt aber würde durch jenen Vorschlag ein sehr natürlicher Grundsatz des bestehenden Rechts abgeändert, ein Grundsatz, auf den ebenfalls schon Griesinger und Bolley a. a. O. aufmerksam gemacht hatten und dessen Aenderung durchaus zu Principlosigkeit führen müßte. Wenn nämlich der Nießbraucher die Sache verpachtet hat und der Nießbrauch hört z. B. durch den Tod des Nießbrauchers auf: so ist der Eigenthümer an den Pachtvertrag des Nießbrauchers nicht gebunden, weil dieses persönliche Verhältniß zwischen Nießbraucher und Pachter ihn gar nicht berührt; er kann sofort den Pachter austreiben und die noch nicht gezogenen Früchte nun für sich gegen Ersatz der Baukosten ziehen. Dieser Grundsatz würde aber wesentlich verletzt, wenn man den Erben des Nießbrauchers in solchen Fällen nach der Dauer des Nießbrauches im letzten Jahre einen Theil an dem, für das ganze Jahr zu bezahlenden, Pachtgelde einräumte und den Eigenthümer lediglich an den übrigen Theil des Pachtgeldes weist, wodurch er an einen Vertrag Dritter gebunden und ihm das Recht sofort die Sache selbst in Benützung zu nehmen verkümmert würde. Ueberhaupt gibt die natürliche Consequenz des Rechts, daß von dem Momente an, an welchem der Nießbrauch des Dritten erlischt, der Eigenthümer in die volle Benützung seiner Sache eintritt (und das Gleiche gilt von Jedem, an welchen das Benützungsrecht als selbstständiges dingliches Recht fällt), und mit welchem Grunde soll ihm der frühere Nutznießer durch einseitige Handlungen dieses Recht schmälern dürfen, oder er an Verträge gebunden seyn, an denen er nicht Theil nahm und die sich gar nicht auf ihn beziehen? — Die Vertheilung des Pachtgeldes zwischen Eigenthümer und Nutznießer lediglich nach dem Verhältnisse der Zeit der Nutznießung im letzten Jahre kann nach unsrem bestehenden (gemeinen und Württemb.) Rechte

spricht) kann von einer Vertheilung der Mieth- und der Pachtgelder die Rede seyn, wenn (wie im Falle der l. 26 D. de usufr.) das Rechtsverhältniß des Dritten, der die bürgerlichen Früchte zu zahlen hat, auch bei Endigung des Nießbrauches und gegenüber vom neuen Fruchtberechtigten fortdauert. Hierher gehört, wenn der mit dem Miethsmann oder Pachter geschlossene Vertrag sich sowohl auf den alten wie auf den neuen Fruchtberechtigten bezieht, z. B. wenn Jemand vom Nießbraucher die Sache auf zehn Jahre miethet, um aber des Genusses sicher zu seyn, auch mit dem Eigenthümer einen Vertrag dahin schließt, daß er, falls der Nießbrauch früher erlöschen würde, in den Vertrag eintreten werde. Aehnliches kann bei Zinsen eines Kapitals vorkommen; z. B. wenn ich von einem vom Gläubiger nicht aufkündbaren Staatscapital Jemanden den Nießbrauch vermache. Hier hat der Schuldner die Zinsen gleichsam für den Nutzen, den er in jedem Augenblicke aus dem Kapitale zieht, zu bezahlen, der Nießbraucher daher für jeden Augenblick der Dauer seines Nießbrauches die verhältnißmäßige Rate am Zinse anzusprechen; wenn aber der Nießbrauch aufhört, tritt von da an der Eigenthümer sofort in den Zins ein, da das unaufkündbare Kapital wieder in seine Benützung übergeht.

2. Es gibt bürgerliche Früchte, welche regelmäßige wiederkehrende, terminweise zu bezahlende Leistungen bilden, die aber

---

nicht einmal dann stattfinden, wenn der Eigenthümer freiwillig den Pachter in seinem Pachtverhältnisse lassen wollte, und der Pachter damit einverstanden ist. Denn in einem solchen Falle hat der Eigenthümer das Recht auf das ganze Pachtgeld des letzten Jahres, wenn die natürlichen Früchte vom Pachter zur Zeit der Beendigung der Nutznießung noch gar nicht gezogen waren, und auf einen verhältnißmäßigen Theil des Pachtgeldes, wenn sie zum Theil gezogen waren, so daß also die Vertheilung sich nicht nach der Zeitdauer des Nießbrauchs, sondern nach der Perception der natürlichen Früchte richten müßte. — Nicht recht zu begreifen ist, wie Reinhardt das Landr. des Königr. Württ. B. III S. 105, 106 sagen kann, der Pachtzins sey zu den natürlichen Früchten zu rechnen. Nur das ist richtig, daß bei der Frage, was der alte Fruchtberechtigte von dem Pachtzinse des letzten Jahres, von der bürgerlichen Frucht ansprechen kann, es darauf ankommt, ob und wie weit die natürlichen Früchte, deren Surrogat das Pachtgeld bildet, vom Pachter bereits percipirt waren.

nicht für den Gebrauch oder die Benützung einer Sache bezahlt werden, wie Grundzinsen, Sackzehnten. Die Frage, wie diese zu vertheilen sind, ist sehr bestritten (man vgl. z. B. Glück Erläut. d. Pand. B. IX S. 341 f.).

Den allgemeinen Grundsätzen entspricht es wohl am Meisten, in solchen Fällen die Sache davon abhängig zu machen, ob zur Zeit des Verfalles jener Früchte das Recht des alten Fruchtberechtigten noch bestand. Ist dieses der Fall: so hat er auf ihren Bezug bereits ein festes Recht, eine Forderung auf das ganze Gefäll gegen den Pflichtigen erworben, die ihm durch das spätere Erlöschen seines Rechtes auf den Fruchtgenuß der Sache nicht mehr verlohren gehen kann. Erlosch aber sein Fruchtgenuß vor jenem Verfalltage: so hatte er noch gar keine Forderung auf das Gefäll erworben, und kann auch, da sein Recht auf den Fruchtgenuß nicht mehr existirt, keine mehr erwerben; das Gefäll gebührt somit in diesem Falle dem neuen Fruchtberechtigten. — Zwar wollen hier sehr Viele gerade aus allgemeinen Grundsätzen eine Vertheilung des Gefälls des letzten Jahres zwischen dem alten und dem neuen Fruchtberechtigten folgern. So sagt z. B. Griesinger a. a. O. S. 587: „Da die Verbindlichkeit zu solchen Gefällen sich nicht auf den Bezug von Früchten, sondern auf andre Gründe bezieht: so hängt sie auch von diesem Bezuge nicht ab; sie wird mit jedem Tage begründet; mit jedem Tage entsteht eine Schuldigkeit des Gültmannes (dies cedit), wenn er sie gleich auch nicht abzutragen verbunden ist; und auf die ganz gleiche Weise äußern sich auch Bolley a. a. O. S. 235, Glück a. a. O. S. 341 und Reyscher a. a. O. Allein wenn gleich jene Prämisse richtig ist: so folgt doch nicht daraus die gezogene Consequenz; denn ein jährliches, nicht für die Benützung der Sache zu zahlendes, Gefäll vertheilt sich nicht in der Art auf jeden Tag des Jahres, daß ein Dritter Fruchtberechtigter mit jedem Tage ein festes Recht auf eine Quote desselben erwerben könnte.

Indessen entscheidet für diese letztere Ansicht das Württemb. Landrecht (Th. IV Tit. 5 §. 5), so daß hiernach in Württemberg solche bürgerliche Früchte des letzten Jahres zwischen dem alten

und neuen Fruchtberechtigten nach der Zeit, welche die Fruchtberechtigung des Ersteren dauerte, zu theilen sind.

Legt man nun diese letztere Ansicht zu Grunde, und beschränkt man sie, wie Diejenigen, welche sie annehmen, es thun, blos auf solche Gefälle, welche nicht natürliche, sondern bürgerliche Früchte der Sache sind, so daß also bei Gefällen, wenn sie natürliche Früchte sind, der oben S. 73 angeführte Grundsatz eintreten würde: so wird bei einzelnen Grundgefällen die Frage von besonderer Wichtigkeit, ob sie natürliche oder bürgerliche Früchte sind. Hat z. B. ein Ehegatte als statutarischer Nutznießer des Vermögens, das seine Miterben vom verstorbenen Gatten erbten, ein Zehntrecht zu benützen und er stirbt vor dem Bezuge des Zehnten: so würde, wenn der Zehnte eine bürgerliche Frucht ist, zwischen jenen Erben und seinen Erben der Zehnte des letzten Jahres verhältnißmäßig nach der Zeit, welche sein Recht im letzten Jahre dauerte, zu vertheilen seyn; ist aber der Zehnte eine natürliche Frucht: so bekommen vom Zehnten des letzten Jahres seine Erben gar nichts, weil er vor der Perception desselben starb, und die gleiche Entscheidung müßte eintreten, wenn er den Zehnten verpachtet hatte und er starb, ehe der Pachter den Zehnten bezog.

Viele gemeinrechtliche Schriftsteller rechnen alle Grundgefälle und namentlich auch den Zehnten zu den bürgerlichen Früchten und wollen sie daher auch in den angegebenen Verhältnissen als bürgerliche Frucht behandeln [4]. Dieselbe Ansicht vertheidigte auch in einem Prozesse, bei welchem gerade diese Frage praktisch sehr wichtig war, der Referent des Württ. O.Tribunals im Jahre 1817, indem er davon ausging [5], daß nur diejenigen Früchte als natürliche gelten können, welche „von dem zur Erwerbung Be„rechtigten unmittelbar aus der Sache und gleichsam aus „dem Schooße der Natur percipirt werden, und daß dage„gen Einkünfte und Früchte, ob sie gleich ursprünglich durch die „Natur erzeugt sind, die aber der Berechtigte nicht unmittelbar

4) Es wird nicht nöthig seyn, dieß mit einzelnen Citaten zu belegen. Eine große Reihe von Schriftstellern, welche Jenes behaupten, ist z. B. angeführt in Kapff's Civilr.Sprüche S. 370—375.

5) Kapff a. a. O. S. 357.

„aus der Sache percipirt, sondern erst aus der Hand eines An„deren, nämlich des Eigenthümers oder Besitzers oder eines son„stigen Dritten; für ihn fructus civiles seyen." Allein wäre dieß auch richtig: so würde daraus namentlich für die Zehnten nach keineswegs folgen, daß sie durchaus zu den bürgerlichen Früchten gehören. Es gibt ja manche Zehnten, z. B. die Kartoffelzehnten, welche in der Regel vom Zehntberechtigten unmittelbar aus der Sache selbst erhoben werden, indem man die einzelnen Stöcke abzählt, welche von ihm zu ernten sind, und diese Zehnten müßten dann, selbst nach jenen Prämissen, zu den natürlichen Früchten gezählt werden. Die Voraussetzung selbst aber, von der bei jener Ansicht ausgegangen wird, ist in der That nicht richtig. Es ist nicht einzusehen, wie für den Berechtigten das natürliche Erzeugniß einer Sache, das er lediglich aus dieser Sache zu ziehen hat, die Eigenschaft einer natürlichen Frucht dadurch verlieren soll, daß er es durch die Hand eines Dritten bekommt. Nicht auf das Letztere kann es ankommen, sondern nur darauf, ob er wirklich ein natürliches Erzeugniß derjenigen Hauptsache, an welche sein Recht geht, als Solches verlangen kann, ob er also lediglich an Dasjenige gewiesen ist, was die Sache an natürlichen Erzeugnissen trägt. Ist dieß der Fall: so ist das, was er so zu beziehen hat, für ihn lediglich eine natürliche Frucht, die ihm die Sache trägt.

Wirklich sind auch im Resultate die Württ. Schriftsteller hiermit einverstanden[6], d. h. sie behandeln Grundgefälle, welche

---

6) Nur Seeger Erläut. des W. Pfandgef. I S. 201, 202 scheint selbst im Resultate nicht damit einverstanden zu seyn. Dieser rechnet nämlich die Zehnten in der Regel zu den bürgerlichen Früchten, indem er blos solche Gefälle, die „auf ein theilweises Eigenthum an dem dienenden Gute sich „stützen," wie die Abgaben von Bauernlehen, Superficies, wenn sie in natürlichen Früchten des Grundstückes bestehen, zu den natürlichen Früchten zählt, „weil das Recht des Obereigenthümers unmittelbar auf den Früchtebezug „selbst und nicht erst gegen den Untereigenthümer auf eine Abgabe aus den„selben gehe." Allein gerade bei Bauernlehen, Superficies und dergl. geht das Recht des s.g. Obereigenthümers keineswegs unmittelbar auf den Früchtebezug selbst, sondern unmittelbar blos gegen den Untereigenthümer auf Reichung der Früchte. Daß aber überhaupt ein solcher Gesichtspunkt nicht entscheiden kann, wurde oben schon nachzuweisen versucht.

Jemand zu beziehen hat, dann nach den Grundsätzen von den natürlichen Früchten, wenn sie in einer Quote des Ertrags der betreffenden Sachen bestehen [7]. Ebenso scheint auch der Württ. Gerichtsgebrauch für jenes Resultat zu seyn; namentlich wurde in dem oben angef. Prozesse in allen Instanzen erkannt, daß die eigentlichen Zehnten als natürliche Früchte zu behandeln seyen. Allein in der Begründung dieses Resultats schwanken die genannten Schriftsteller zum Theile sehr und gehen dabei, wie auch die Entscheidungsgründe, welche in dem berührten Prozesse vom Württ. O.Just.Collegium gegeben wurden (Kapff's Civilr.Sprüche S. 357 f.), mitunter von einem Begriffe der natürlichen und bürgerlichen Frucht aus, der auf ein solches Resultat eigentlich nicht führen würde und der wesentlich zu berichtigen ist. So will z. B. Bolley an dem in Note 7 angef. Orte die Zehnten blos „wie natürliche Früchte behandeln," scheint sie also nicht eigentlich für natürliche Früchte zu halten, in welchem Falle dann kein Grund wäre, sie als Solche zu behandeln [8]. Die angeführten Entscheidungsgründe des O.J.Collegiums wollen bei solchen Bezügen den Begriff der natürlichen Frucht davon abhängig machen, daß das betreffende Naturproduct im „Zustande „seiner verwirklichten Nutzbarkeit, welche durch die Trennung „vom erzeugenden Körper jederzeit bedingt wird, noch in dem „ersten Eigenthum eines rechtlichen Subjects stehe." Sie

---

7) Z. B. Griesinger Comment. B. VIII S. 577. 578 Note t, S. 590 Bolley 33 Aufsätze S. 236 Reinhardt Landr. B. III S. 104, 105 Reyscher W. Privatr. §. 106 und die älteren Württ. Schriftsteller, welche Griesinger anführt.

8) Ebenso unrichtig drückt sich der in Note 3 angef. Württ. Gesetzesentwurf aus, indem er sagt: „Naturalzehnten, so wie diejenigen Gülten, welche „in Quoten von künftigen Früchten bestehen, sind wie die natürlichen Früchte „zu theilen." Nach dieser Fassung wären jene Bezüge keine natürliche Früchte, sondern blos bei der Theilung wie natürliche Früchte zu behandeln. Allein wenn sie keine natürliche Früchte seyn sollen, wenn sie also bürgerliche sind (dieß würde daraus folgen) — aus welchem Grunde sollte man sie denn doch wie natürliche behandeln? Auch möchte man, was die Fassung betrifft, fragen, warum die Gülten, welche in einer Quote des Ertrags der betreffenden Sache bestehen, bezeichnet werden durch „Quoten von künftigen Früchten?"

kommen deßhalb auf denselben Gesichtspunkt, von welchem der oben angef. Referent ausging, nur daß sie aus demselben für die Zehnten ein ganz entgegengesetztes Resultat ziehen. Aehnlich ist dieß bei Reyscher a. a. O.; er geht ganz von demselben Begriffe aus, den der angef. Referent aufstellt, indem er natürliche Früchte diejenigen nennt, „welche vermöge physischen „Erzeugnisses von dem Berechtigten unmittelbar aus dem „Objecte des Hauptrechts gleichsam aus dem Schooße der „Natur erhoben werden," für bürgerliche Früchte aber diejenigen erklärt, „welche von dem Berechtigten aus den Händen eines Andern erhoben werden, wenn sie gleich an sich ebenfalls Naturpro„ducte seyn können;" nur zieht auch er aus dieser Prämisse mit den angeff. Entscheidungsgründen das Resultat, daß eigentliche Zehnten natürliche Früchte seyen, der Sackzehnte aber eine bürgerliche Frucht. Allein jene Prämisse würde so wenig auf das Resultat führen, daß der eigentliche Zehnte allgemein eine natürliche Frucht sey, als sie auf das vom angef. Referenten gezogene Resultat führt, daß er allgemein eine bürgerliche Frucht sey. In der Regel liegt ja beim Zehnten dem Zehntpflichtigen ob, die Früchte von der fruchttragenden Sache zu trennen; wie er Eigenthümer dieser Früchte ist, so lange sie mit der fruchttragenden Sache verbunden sind, so ist er nun auch Eigenthümer der getrennten, zu Einzelsachen gewordenen, Früchte z. B. des in Garben gebundenen Kornes, und erst aus seiner Hand geht dann, wenn der Zehntherr den Zehnten ausnimmt, das Eigenthum des Ausgenommenen auf den Zehntherrn über. Hiernach müßte nach jenen Prämissen der Zehnte in der Regel als bürgerliche Frucht behandelt werden. Allein daß jene Prämissen unhaltbar sind, dürfte aus dem oben Ausgeführten hervorgehen. Vielmehr kommt es wohl bei der Entscheidung der vorliegenden Frage hauptsächlich auf folgende Gesichtspunkte an:

An sich, objectiv genommen, ist natürliche Frucht jedes physische Erzeugniß einer Sache. Handelt es sich aber von einer bestimmten Sache und von der Frage, ob man aus dieser Sache natürliche Früchte zu ziehen hat: so kann dieselbe dem Berechtigten Früchte tragen, welche zwar an sich, objectiv genommen, natürliche Früchte sind, aber nicht natürliche Früchte

dieſer Sache ſind. Solche Früchte können dann nur in die Kategorie der bürgerlichen Früchte dieſer Sache fallen, eben weil ſie kein natürliches Erzeugniß dieſer Sache ſind. In den Fällen nun, in welchen, wie beim Ende eines Nießbrauches, Lehenrechtes ꝛc. die Unterſcheidung in bürgerliche und natürliche Frucht wichtig wird, kömmt es eben darauf an, ob Dasjenige, was die Sache, welche Gegenſtand des Rechtsverhältniſſes iſt, an Früchten trägt, eine natürliche Frucht gerade dieſer Sache iſt oder nicht, und hier kann dann Manches unter die Kategorie der bürgerlichen Früchte fallen, was an und für ſich eine natürliche Frucht iſt. Ueberlaſſe ich z. B. Jemanden die Bewohnung meines Hauſes auf ein Jahr für 50 Scheffel Korn: ſo iſt dieſes Korn an ſich eine natürliche Frucht; allein es iſt nicht eine natürliche Frucht meines Hauſes, ſondern eine bürgerliche Frucht, die mein Haus mir trägt. Das Gleiche muß man aber auch conſequent bei einer Sache behaupten, welche natürliche Früchte trägt, wenn die Früchte, die ſie uns trägt, nicht gerade ihre natürlichen Früchte ſind, z. B. wenn ich Jemanden den Genuß meines Feldes dafür überlaſſe, daß er mir jährlich überhaupt 10 Scheffel Korn gibt (nicht gerade vom überlaſſenen Felde, ſondern wenn er will auch anderes Korn, und jedenfalls die beſtimmte Quantität, gleichviel ob auf jenem Felde Korn wächst oder nicht). In dieſem Falle iſt dieſes Korn für mich eine bürgerliche Frucht des Feldes; denn was ich anzuſprechen habe und ziehe, iſt nicht ein phyſiſches Erzeugniß jenes Feldes ſelbſt, und der Fall iſt in dieſer Hinſicht nicht verſchieden von dem Falle, wenn mir Jemand Geld für die Ueberlaſſung des Genuſſes des Feldes geben würde.

Hiernach muß man ſolche Einkünfte, welche uns eine beſtimmte Sache abwirft, die aber nicht gerade ein phyſiſches Erzeugniß dieſer Sache ſelbſt ſind, zu den bürgerlichen Früchten (ſubjectiv, für uns im Verhältniß zu dieſer Sache) zählen, und es ergibt ſich hieraus, daß die eigentlichen Zehnten und andere Theilgebühren zu den natürlichen Früchten für den Zehntberechtigten gehören, weil vermöge derſelben ihm eine Quote gerade der natürlichen Früchte, welche das Gut wirklich trägt, zu reichen iſt. Dagegen ſind die Sackzehnten, d. h. wenn ſtatt des Zehn-

ten jährlich eine Summe Geldes oder ein bestimmtes Maaß Getreide, das nicht gerade vom zehntbaren Gute genommen und das gegeben werden muß, gleichviel ob das zehntbare Gut Früchte trägt oder nicht, und sind ebenso andere Gefälle dieser Art, welche nicht nothwendig aus den natürlichen Früchten des Gutes selbst bezahlt werden müssen, keine natürliche, sondern bürgerliche Früchte für den Gefällberechtigten.

Ist dieses richtig, gehören somit die eigentlichen Zehnten zu den natürlichen Früchten: so kommt es bei ihnen im Verhältnisse des Nießbrauchers und in anderen ähnlichen Verhältnissen lediglich auf die Perception an, so daß, wenn bei Beendigung des Nießbrauches der Nießbraucher den Zehnten noch nicht bezogen hat, er oder seine Erben ihn nicht mehr beziehen können.

Uebrigens könnte nach Württ. Rechte noch die Frage entstehen, ob nicht diese ganze Untersuchung über die Natur der Grundgefälle eine unpraktische sey. Es könnte nämlich scheinen, als ob das Württ. Landrecht (IV, 5 §. 5) überhaupt bei allen Grundgefällen, ohne Rücksicht ob sie unter die Kategorie der bürgerlichen oder unter die der natürlichen Früchte gehören, den Grundsatz aufstellen wollte, daß sie beim Nießbrauche (z. B. des Ehegatten am hinterfälligen Vermögen) und in ähnlichen Verhältnissen, was das letzte Jahr betrifft, lediglich nach der Dauer des Rechts im letzten Jahre verhältnißmäßig getheilt werden sollen. Die Stelle sagt nämlich in Beziehung auf die Endigung der statuarischen Nutznießung: es sollen, wenn der nießende Ehegatte stirbt, „die ligende Gütter, mit den darauf stehenden Blu„men, gegen Ablegung des Bawkostens so selbigen Jars ange„wendet, wie auch die Geld- vnd Frucht-Gülten vnd „andere järliche Gefäll, ihnen denselben Verwandten vnd „Erben (doch vber Abzug vnd Innbehalt des Rati, das „ist, sovil das nüssend Ehegemächt der Zeit vnd Jargang nach „daran erlebt) eingehändigt werden.“ Sind nun hier unter Fruchtgülten und anderen jährlichen Gefällen auch Zehnten und Theilgebühren zu verstehen? Wirklich scheint der Referent jenes Theiles des Landrechts, Eisengrein (in seiner Relation Th. IV Fol. 25 f.), die Sache so genommen zu haben. Allein Eisengrein ging überhaupt noch weiter; er scheint auch bei den Pacht-

geldern aus einem Mißverſtändniſſe des gemeinen Rechts eine Theilung derſelben nach der Zeitdauer des Nießbrauches angenommen zu haben, und trug darauf an, beim Nießbrauche am hinterfälligen Vermögen, den er vom eigentlichen Nießbrauche für verſchieden hielt (er ſagt namentlich: „der nießende Gatte „magis habendus pro possessore bonae fidei, quam pro „nudo usufructuario, qui jure servitutis et sic alieno no„mine tantum tenet"), überhaupt alle Früchte, auch die natürlichen, nach der Zeit zu theilen. Mit dieſem Antrage aber fiel er mit Recht durch. Indeſſen iſt doch nicht außer Zweifel, ob nicht die Stelle, wie ſie nun wirklich in das Landrecht aufgenommen wurde, wenigſtens für alle Grundgefälle eine ſolche Theilung will, indem der Ausdruck „Frucht-Gülten vnd andere järliche Gefäll" ganz allgemein iſt. Die Württ. Schriftſteller aber, die älteren wie die neueren, welche dieſe Frage ſpeziell berühren, ſchließen ſtets Zehnten und andere Theilgebühren von jener Beſtimmung des Landrechts aus, und auch die Praxis ſtimmte ihnen meines Wiſſens in dieſer Hinſicht von jeher bei, und da auf dieſes Reſultat auch die allgemeinen Grundſätze führen: ſo wird es ſicherer und richtiger ſeyn, der Uſualinterpretation in dieſer Beziehung zu folgen.

c. Nur in dem seltenen Falle (auf den auch Bolley 35 Aufs. S. 231 in der Note aufmerksam macht, während er aber im Texte auch in anderen Fällen unrichtig von einer Vertheilung

---

erndtete, sterben: so würde nun der Eigenthümer der Sache nach jenem Entwurfe zwei Dritttheile weniger bekommen, d. h. die noch nicht percipirten Früchte dürfte er gar nicht percipiren; er wäre vielmehr lediglich an einen verhältnißmäßigen Theil des Pachtgeldes gebunden und von diesem würde er blos 1/3, der Erbe des Nutznießers aber 2/3 bekommen. Durch diese Bestimmung würde also von der rein willkürlichen Handlung des Nutznießers, ob er verpachtet oder nicht verpachtet, das Interesse des Eigenthümers auf eine empfindliche Weise abhängig gemacht. Es fehlt daher diesem legislativen Vorschlage gerade an Dem, was im Rechte so wichtig ist und die Gerechtigkeit verlangt, an aller Consequenz; will man die Pachtgelder des letzten Jahres verhältnißmäßig nach der Zeitdauer zwischen Nutznießer und Eigenthümer theilen: so müßte man dann für den Fall, wenn nicht verpachtet würde, das Princip, daß die Perception entscheide, aufheben und auch die natürlichen Früchte nach der Zeit theilen! Ueberhaupt aber würde durch jenen Vorschlag ein sehr natürlicher Grundsatz des bestehenden Rechts abgeändert, ein Grundsatz, auf den ebenfalls schon Griesinger und Bolley a. a. O. aufmerksam gemacht hatten und dessen Aenderung durchaus zu Principlosigkeit führen müßte. Wenn nämlich der Nießbraucher die Sache verpachtet hat und der Nießbrauch hört z. B. durch den Tod des Nießbrauchers auf: so ist der Eigenthümer an den Pachtvertrag des Nießbrauchers nicht gebunden, weil dieses persönliche Verhältniß zwischen Nießbraucher und Pachter ihn gar nicht berührt; er kann sofort den Pachter austreiben und die noch nicht gezogenen Früchte nun für sich gegen Ersatz der Baukosten ziehen. Dieser Grundsatz würde aber wesentlich verletzt, wenn man den Erben des Nießbrauchers in solchen Fällen nach der Dauer des Nießbrauches im letzten Jahre einen Theil an dem, für das ganze Jahr zu bezahlenden, Pachtgelde einräumte und den Eigenthümer lediglich an den übrigen Theil des Pachtgeldes weist, wodurch er an einen Vertrag Dritter gebunden und ihm das Recht sofort die Sache selbst in Benützung zu nehmen verkümmert würde. Ueberhaupt gibt die natürliche Consequenz des Rechts, daß von dem Momente an, an welchem der Nießbrauch des Dritten erlischt, der Eigenthümer in die volle Benützung seiner Sache eintritt (und das Gleiche gilt von Jedem, an welchen das Benützungsrecht als selbstständiges dingliches Recht fällt), und mit welchem Grunde soll ihm der frühere Nutznießer durch einseitige Handlungen dieses Recht schmälern dürfen, oder er an Verträge gebunden seyn, an denen er nicht Theil nahm und die sich gar nicht auf ihn beziehen? — Die Vertheilung des Pachtgeldes zwischen Eigenthümer und Nutznießer lediglich nach dem Verhältnisse der Zeit der Nutznießung im letzten Jahre kann nach unsrem bestehenden (gemeinen und Württemb.) Rechte

Rechte der zweiten Gattung, deren unmittelbarer Gegenstand einzelne Handlungen einer verpflichteten Person sind, vermöge welcher also blos die einzelne Leistung einer aus besonderen Thatsachen uns verpflichteten und dadurch in einer besonderen Beziehung zu uns stehenden Person unsrem rechtlichen Willen unterworfen ist, sind persönliche Rechte, Forderungenrechte; die Klagen, mit denen sie geltend gemacht und geschützt werden, sind persönliche Klagen, in personam actiones.

Diese persönlichen Rechte gründen ein Band unmittelbar zwischen bestimmten Personen, dem Berechtigten und dem durch besondere Thatsachen Verpflichteten (obligatio).

Die wichtige Bedeutung dieser Verschiedenheit der Vermögensrechte an sich und in ihren praktischen Beziehungen ist in meinem Handb. B. II §. 46 f. näher ausgeführt.

Ob aber diese Unterscheidung von unsren Quellen, namentlich vom Röm. Rechte, in der gleichen Weise gemacht werde, was überhaupt unter dinglichem und persönlichem Rechte zu verstehen sey, ob das Röm. Recht seine in rem actiones lediglich auf Klagen aus den eben näher bestimmten dinglichen Rechten beschränkt habe, darüber sind die Ansichten sehr verschieden. Bei der Wichtigkeit der Sache ist es von Interesse, die hauptsächlichsten Ansichten der Neueren, soweit sie von der im Handbuche gegebenen Darstellung abweichen, näher kennen zu lernen — schon um sich nicht durch die verschiedenen Terminologieen in unsren wissenschaftlichen Werken irre machen zu lassen und um die Gründe dieser Verschiedenheiten zu kennen — und diese Ansichten gehörig würdigen zu können. Zu beachten ist aber in Beziehung auf das Folgende, daß die Ausdrücke jus in rem, jus reale, actio realis und jus in personam, jus personale in den Röm. Quellen nicht vorkommen (sondern blos: jus in re und obligatio, in rem actio und personalis oder in personam actio).

Nicht selten wird überhaupt in Abrede gezogen, daß das Röm. Recht die angegebene Grundverschiedenheit der Vermögensrechte ausdrücklich unterscheide. Allein daß die Röm. Juristen und Rechtsquellen von der wesentlichen Verschiedenheit dieser beiden Classen von Vermögensrechten, die in der Natur der

Rechtsverhältnisse liegt und von keiner auch nur wenig gebildeten Gesetzgebung verkannt werden kann, durchaus ausgehen und sie überall festhalten, dieß beweist sich durch den Inhalt der Röm. Rechtsquellen über alle die Beziehungen, in welchen gerade jene Verschiedenheit praktisch werden muß, und dabei würde es dann nichts darauf ankommen, ob sie dieselbe ausdrücklich als eine besondere Eintheilung der Rechte und Rechtsverhältnisse auch mit besonderen festen Kunstausdrücken herausheben. Indessen unterscheidet das Röm. Recht auch durch technische Ausdrücke diese beiden Classen von Rechten. Durch obligatio bezeichnet es nähmlich durchaus blos das persönliche Rechtsverhältniß (mein Handbuch B. II §. 47 Note 3) und setzt der obligatio entgegen das jus oder das jus in re habere, jus aliquod in re habere und versteht unter den letzteren Ausdrücken durchaus blos Rechte, die unmittelbar an eine Sache gehen, also die dinglichen Rechte. D. IX, 4 de nox. act. *l.* 30 XXIX, 2 de damn. inf. *l.* 19 pr. (in welchen beiden Stellen nur zu beachten ist, daß creditor hier Pfandgläubiger bedeutet), XXX de legat. I *l.* 71 §. 5 C. VII, 39 de praescript. 30 ann. est. 8 §. 1. Nicht entgegen ist D. XLVII, 8 vi bon rapt. *l.* 2 §. 22, in welcher Stelle nach Manchen (z. B. Thibaut Versuche II S. 28 und nun auch wieder Sintenis Pfandrecht S. 7) durch jus in re ein persönliches Recht in Beziehung auf eine Sache [1] bezeichnet werden soll. Denn das „vel quod aliud jus“ in jener Stelle bezieht sich auf den unmittelbar vorhergehenden „usumfructum,“ bedeutet also ein dingliches Recht (vergl. auch v. Savigny Besitz 6te Ausg. S. 119). Thibaut sah auch später diesen Irrthum ein und nahm ihn in der 2ten Ausg. seiner Versuche S. 29 Note a zurück. Dagegen behauptete er nun mit manchen Anderen, durch jus oder jus in re bezeichnen die

1) Eine Sache kann wohl mittelbarer Gegenstand eines persönlichen Rechts seyn, z. B. wenn man eine Sache gemiethet hat oder Jemand, wie bei einem Kaufe, persönlich verbunden ist, uns eine gewisse Sache zu überlassen. Allein hier ist dem Berechtigten keineswegs die Sache unmittelbar unterworfen, sondern das Recht geht unmittelbar lediglich auf die Leistung der verpflichteten Person in Beziehung auf die Sache, ist daher nicht ein dingliches, sondern blos ein persönliches.

Römer zwar blos Rechte unmittelbar an Sachen, aber nur dingliche Rechte an fremden Sachen und nicht das wichtigste dingliche Recht, das Eigenthum. Allein im Allgemeinen ist dieß unrichtig, wie schon die cst. 8 cit. beweist. Allerdings aber gebrauchten die Römer gewöhnlich den Ausdruck: „jus in re habere“ von den dinglichen Rechten, welche an eine fremde Sache gehen, wie Servitut und Pfandrecht. Dieß erklärt sich aber auf sehr natürliche Weise [2]. Spricht man nämlich von den im Vermögen enthaltenen Rechten, die uns unmittelbar an einer Sache zustehen: so ist uns vermöge des dinglichen Rechts entweder die Sache ihrer Totalität nach unterworfen (Eigenthum), die Sache die Unsrige (res nostra), oder sie ist uns blos in gewissen Beziehungen unterworfen, wir haben ein (beschränktes, anderweites) Recht unmittelbar an der Sache. Im ersteren Falle coincidirt gleichsam die Sache selbst mit dem Rechte; es genügt, die Sache als die Unsrige zu bezeichnen, und eben damit ist auch das Recht bezeichnet; im letzteren Falle aber muß unmittelbar das Recht bezeichnet und ausgesprochen werden. Daraus ergab es sich ganz von selbst, wie die Römer dazu kamen, die res nostra (dominium nostrum) gewöhnlich entgegenzusetzen dem jus aliquod in ea re habere und so daher das jus in re gewöhnlich im Gegensatze zur Sache selbst, somit zu dem rei dominium, zu gebrauchen [3].

Auf die jura in re, die dinglichen Rechte, beziehen die Römer ihre in rem actiones, auf die obligationes ihre in personam actiones.

Dieß wird aber von Vielen bestritten und daran knüpfen sich dann irrige Ansichten über den Umfang, den man bei uns

---

2) Vergl. auch mein Handb. B. II §. 36.

3) Vergl. auch Gajus Inst. IV, 2, 3. D. XLIV, 7 de O et A. *l.* 3 pr. J. IV, 6 de act. §. 1, 2. Hugo civilist. Magaz. B. VII. S. 293. Du Roi Observatt. d. jure in re Heidelb. 1812 p. 10 f. Nur darf man nicht mit einer späteren Abhandlung von Du Roi im Arch. f. civil. Prax. VI S. 278 f. 386 f. alle dingliche Rechte unter den Begriff von Eigenthum bringen wollen, was an sich unrichtig ist und zu manchen unrichtigen Folgerungen führen müßte. Vergl. Puchta im Rhein. Mus. I S. 286 f. v. Vangerow Pandect. I S. 137 v. Savigny System V S. 34.

dem dinglichen Rechte (jus in re oder in rem) und dem persönlichen Rechte (jus in personam) zu geben habe. Es nehmen nämlich

I. Manche dingliches Recht, jus in re oder jus in rem, für ganz gleichbedeutend mit absolut wirkendem (mein Handbuch B. II §. 45), persönliches Recht, jus in personam, für gleichbedeutend mit blos relativ, blos gegen bestimmte Individuen verfolgbarem Rechte. Man möchte freilich fragen, wie man dazu kommen kann, jedes absolut wirkende Recht gerade durch dingliches Recht, jus in re oder jus in rem, zu bezeichnen, da die absolute Wirksamkeit eines Rechts mit Ding und res in keiner wesentlichen und ausschließlichen Beziehung steht und jedenfalls der Ausdruck ungeeignet wäre. Allein die Vertheidiger dieser Ansicht berufen sich in der Regel eben auf das Röm. Recht, in welchem in rem actio die absolut wirkende, in personam actio dagegen blos die auf gewisse Individuen beschränkte Klage bedeuten soll und hieraus sey der Begriff von dinglichem Recht, jus in re u. s. w., zu bilden.

Mit Unrecht wird Thibaut häufig als Vertheidiger dieser Ansicht angeführt; denn Thibaut (Versuche üb. einz. Theile d. Rts. II S. 24, 38 f.) erklärt sich bestimmt gegen dieselbe, wiewohl er allerdings unwillkührlich bisweilen in sie zu verfallen scheint (Versuche II S. 51 und in seinen älteren Dictaten, bei Braun S. 72). Wirklich ist es auch entschieden unrichtig, daß actio in rem im Röm. Rechte überhaupt jede absolut wirkende Klage, actio in personam jede blos beschränkt wirkende bezeichnet habe. Denn das Röm. Recht kennt in rem actiones, welche keineswegs gegen jeden Dritten angestellt werden können (z. B. J. IV, 6 d. act. §. 4, 6 C. V, 12 d. jur. dot. cst. 30, v. Savigny System V S. 26 f.), und ebenso in personam actiones, welche ausnahmsweise absolut gegen jeden Dritten wirken, wie z. B. die quod metus causa actio (s. unten Nr. II). Auch könnte man fragen, wohin dann die Vermögensrechte gehören sollen, welche zwar als ganz gültige Rechte bestehen, aber nicht mit einer Klage verfolgt werden können, und die somit nach jener Ansicht weder zu den dinglichen, noch zu den persönlichen Rechten gehören könnten.

Ueberhaupt scheint zu jener irrigen Auffassung des Verhältnisses besonders auch gefährt zu haben, daß man häufig eine blos gewöhnliche regelmäßige, keineswegs aber wesentliche unbedingte und ausnahmslose Folge der allgemeinen Natur des dinglichen Rechts (die absolute Verfolgbarkeit desselben) und der allgemeinen Natur des persönlichen Rechts (die beschränkte Verfolgbarkeit desselben) zu sehr generalisirte und diese gewöhnliche Folge zum wesentlichen und unbedingten Charakter jener Rechte erheben wollte und lediglich nach diesem Gesichtspunkte jene ganze Eintheilung der Vermögensrechte bestimmte. Daraus, daß vermöge des dinglichen Rechts eine Sache unmittelbar unsrer Herrschaft unterworfen ist, folgt allerdings in der Regel und im Zweifel, daß man dieses unmittelbare Gewaltverhältniß gegen jeden Dritten, der zwischen uns und die Sache sich eindrängt, geltendmachen und verfolgen kann. Daraus ferner, daß das persönliche Recht durch die wechselseitige Beziehung bestimmter Personen zu einander, welche durch ein obligatorisches Factum vermittelt wird, besteht und vermöge desselben uns nur eine einzelne Leistung gewisser Personen unterworfen ist, folgt allerdings, daß dasselbe in der Regel kein absolutes, sondern ein blos beschränkt wirkendes, blos gegen bestimmte Personen verfolgbares Recht ist. Allein diese Folgen sind nicht ein nothwendiger wesentlicher Charakter jener Rechte, so daß da, wo jene Folgen fehlen, das Recht aufhören würde, ein dingliches beziehungsweise ein persönliches zu seyn; denn es gibt nach dem gemeinen Rechte (und noch häufiger nach dem Württ. Rechte) dingliche Rechte, denen nur eine beschränkte Verfolgbarkeit zukommt, und persönliche Rechte, welche absolut wirken, wie dieß in meinem Handb. B. II. §. 46, 47 näher nachgewiesen ist.

II. Thibaut geht in seinen angef. Versuchen Th. II Nr. II und in den früheren Ausgaben seines Pandect.R. (bis zur 7ten einschließlich) §. 61 sowie in seinen früheren Dictaten (Braun S. 69 f.) von folgender Ansicht aus: Diejenigen, von welchen die Eintheilung der Rechte in jura in personam und in rem oder realia herrühren (schon die Glosse), hätten sie an die Röm. Eintheilung der Klagen in actiones in rem und in personam geknüpft; ein Recht, das mit einer actio in rem verbunden sey,

dem dinglichen Rechte (jus in re ob[illegible] mit einer in personam
sönlichen Rechte (jus in personam[illegible] oder in personam ge-
men nämlich [illegible] Begriff müsse man sich
I. Manche dingliches Recht, [illegible]ffs von dinglichem und
für ganz gleichbedeutend mit abs[illegible]tlich hält sich gleich Thibaut
B. II §. 45), persönliches Red[illegible]n nähmlich nicht entgehen, daß
bedeutend mit blos relativ, blo[illegible] gar keine Klage verknüpft ist.
folgbarem Rechte. Man mö[illegible]cht auf diesen Punkt den Begriff
kommen kann, jedes absolut[illegible]us in rem, sey ein solches, welches
liches Recht, jus in re[illegible]schützt sey, ein persönliches, jus in
die absolute Wirksamkeit [illegible]liches mit keiner in rem actio
ner wesentlichen und au[illegible] kam es also vornähmlich auf den Be-
falls der Ausdruck un[illegible]an. Bei der Frage über die Bestimmung
dieser Ansicht berufen [illegible] Thibaut wieder nicht, daß die in rem
in welchem in rem [illegible]us, sondern nur in der Regel absolute Kla-
actio dagegen blos [illegible] beschränkt wirkende in rem actiones gibt,
bedeuten soll und [illegible] persönliche Klagen gibt, welche, wie die quod
jus in re u. s. [illegible]tio, nicht beschränkt sondern absolut wirken. Er

Mit Unrecht [illegible] Charakter der Römischen in rem actio darein,
Ansicht angefü[illegible]lage sey, welche von dem Berechtigten schlecht-
Rts. II S. 24 [illegible]ines Rechts d. h. ohne Rücksicht auf besondere
wohl er all[illegible]gründe des Beklagten und zwar in der Regel
scheint (Ve[illegible]der ihm das Recht streitig mache, auf Zuerkennung des
Braun S[illegible]tellt werden könne, und zählt hiernach zu den dingli-
actio in[illegible]en nicht blos Rechte unmittelbar an Sachen, sondern
Klage, [illegible]väterliche Gewalt und überhaupt die meisten Rechte,
net ha[illegible] eine Präjudicialklage geschützt werden können, weil auf
keine[illegible]lage meist seine Prädicate einer dinglichen Klasse passen,
J. I[illegible]shalb unterscheidet er dingliche Rechte, welche auf Sachen
vi[illegible] (dingliche Sachenrechte), und dingliche Rechte, welche
n[illegible]t auf Sachen sich beziehen. Seine Hauptgründe für
[illegible]e Ansicht sind theils a. der §. 1 J. de act., welcher die Ein-
[illegible]eilung der Klagen in actiones in rem und in personam als
[illegible]ne allgemeine Eintheilung aller Klagen aufstelle, so daß also
auch die Präjudicialklagen unter diese Eintheilung fallen müssen;
ferner b. der §. 13 J. eod., welcher die Präjudicialklagen zu den
in rem actiones zähle; ferner c. daß auch die Präjudicialklagen

n eines status in den Röm. Quellen vindicationes (der
r die actio in rem) genannt werden, und daß d. nach
ebrauche der Röm. Quellen in rem absolut wirkend,
beschränkt wirkend bedeute und Jenes der regel-
arakter der in rem actio, Dieses der regelmäßige
r der in personam actio sey.

gesehen davon, daß es wirklich ganz wunderlich ist, von
n jus in rem und jus reale zu sprechen, das auf eine Sache
nicht bezieht (wie Thibaut und die Meisten Derjenigen,
die seine Ansicht adoptirten z. B. auch Maurenbrecher), und daß der Ausdruck dingliches Recht einem solchen Rechte eben so wenig entspricht, ferner daß man nicht nach der Natur der Klage die Natur des Rechts bestimmen kann, sondern umgekehrt nach der Natur des Rechts die der Klage sich bestimmt: so geht Thibaut über seine eigenen Prämissen hinaus, wenn er das persönliche Recht rein negativ bestimmt, wobei er noch dazu das Heterogenste in seinem persönlichen Rechte zusammenwirft (selbst in manchen Fällen sogar das Eigenthum; Pand.R. §. 699; Versuche Th. II S. 31). Geht man aber einmal über diese Prämissen hinaus: so ist nicht einzusehen, warum man nicht bei der Bestimmung des dinglichen Rechts, des jus in re oder in rem, sich wirklich an Das halten soll, was auch das Römische Recht unter dominium und jus in re versteht. Was aber die Grundlage seiner ganzen Ansicht betrifft: so ist diese in der That nicht haltbar.

In rem heißt im Römischen Rechte, wie es ganz den Worten entspricht, was unmittelbar auf eine Sache, in personam, was unmittelbar auf eine Person sich bezieht. Da nun Das, was zunächst auf eine Sache sich bezieht, eben deßhalb in der Regel auf bestimmte Personen nicht beschränkt ist und Das, was auf eine Person sich bezieht, in der Regel blos Beziehung auf diese Person hat: so bildete sich daraus ganz natürlich der abgeleitete Sprachgebrauch, daß in rem in diesem abgeleiteten Sinne das mehr oder minder Allgemeine, Absolute, auf gewisse Individuen nicht Beschränkte, in personam das Relative, auf bestimmte Individuen mehr oder minder Beschränkte bedeute; so bei pactum in rem und in personam, je nachdem der Nachlaßver-

habe man jus reale oder in rem, ein mit einer in personam actio verknüpftes Recht jus personale oder in personam genannt. An diesen historisch gebildeten Begriff müsse man sich auch bei der Bestimmung des Begriffs von dinglichem und persönlichem Recht halten. — Freilich hält sich gleich Thibaut selbst nicht an ihn. Es konnte ihm nähmlich nicht entgehen, daß es auch Rechte gibt, mit denen gar keine Klage verknüpft ist. Deßhalb bestimmt er in Rücksicht auf diesen Punkt den Begriff dahin: ein dingliches Recht, jus in rem, sey ein solches, welches mit einer in rem actio geschützt sey, ein persönliches, jus in personam, ein solches, welches mit keiner in rem actio geschützt sey. Hiernach kam es also vornähmlich auf den Begriff der in rem actio an. Bei der Frage über die Bestimmung dieses Begriffs verkennt Thibaut wieder nicht, daß die in rem actiones nicht durchaus, sondern nur in der Regel absolute Klagen sind und es auch beschränkt wirkende in rem actiones gibt, ferner daß es auch persönliche Klagen gibt, welche, wie die quod metus causa actio, nicht beschränkt sondern absolut wirken. Er setzt deßhalb den Charakter der Römischen in rem actio darein, daß sie eine Klage sey, welche von dem Berechtigten schlechthin wegen seines Rechts d. h. ohne Rücksicht auf besondere Verpflichtungsgründe des Beklagten und zwar in der Regel gegen Jeden, der ihm das Recht streitig mache, auf Zuerkennung des Rechts angestellt werden könne, und zählt hiernach zu den dinglichen Rechten nicht blos Rechte unmittelbar an Sachen, sondern auch die väterliche Gewalt und überhaupt die meisten Rechte, die durch eine Präjudicialklage geschützt werden können, weil auf diese Klage meist seine Prädicate einer dinglichen Klasse passen, und deßhalb unterscheidet er dingliche Rechte, welche auf Sachen gehen (dingliche Sachenrechte), und dingliche Rechte, welche nicht auf Sachen sich beziehen. Seine Hauptgründe für diese Ansicht sind theils a. der §. 1 J. de act., welcher die Eintheilung der Klagen in actiones in rem und in personam als eine allgemeine Eintheilung aller Klagen aufstelle, so daß also auch die Präjudicialklagen unter diese Eintheilung fallen müssen; ferner b. der §. 13 J. eod., welcher die Präjudicialklagen zu den in rem actiones zähle; ferner c. daß auch die Präjudicialklagen

wegen eines status in den Röm. Quellen vindicationes (der Name für die actio in rem) genannt werden, und daß d. nach dem Sprachgebrauche der Röm. Quellen in rem absolut wirkend, in personam beschränkt wirkend bedeute und Jenes der regelmäßige Charakter der in rem actio, Dieses der regelmäßige Charakter der in personam actio sey.

Abgesehen davon, daß es wirklich ganz wunderlich ist, von einem jus in rem und jus reale zu sprechen, das auf eine Sache sich nicht bezieht (wie Thibaut und die Meisten Derjenigen, die seine Ansicht adoptirten z. B. auch Maurenbrecher), und daß der Ausdruck dingliches Recht einem solchen Rechte eben so wenig entspricht, ferner daß man nicht nach der Natur der Klage die Natur des Rechts bestimmen kann, sondern umgekehrt nach der Natur des Rechts die der Klage sich bestimmt: so geht Thibaut über seine eigenen Prämissen hinaus, wenn er das persönliche Recht rein negativ bestimmt, wobei er noch dazu das Heterogenste in seinem persönlichen Rechte zusammenwirft (selbst in manchen Fällen sogar das Eigenthum; Pand.R. §. 699; Versuche Th. II S. 31). Geht man aber einmal über diese Prämissen hinaus: so ist nicht einzusehen, warum man nicht bei der Bestimmung des dinglichen Rechts, des jus in re oder in rem, sich wirklich an Das halten soll, was auch das Römische Recht unter dominium und jus in re versteht. Was aber die Grundlage seiner ganzen Ansicht betrifft: so ist diese in der That nicht haltbar.

In rem heißt im Römischen Rechte, wie es ganz den Worten entspricht, was unmittelbar auf eine Sache, in personam, was unmittelbar auf eine Person sich bezieht. Da nun Das, was zunächst auf eine Sache sich bezieht, eben deßhalb in der Regel auf bestimmte Personen nicht beschränkt ist und Das, was auf eine Person sich bezieht, in der Regel blos Beziehung auf diese Person hat: so bildete sich daraus ganz natürlich der abgeleitete Sprachgebrauch, daß in rem in diesem abgeleiteten Sinne das mehr oder minder Allgemeine, Absolute, auf gewisse Individuen nicht Beschränkte, in personam das Relative, auf bestimmte Individuen mehr oder minder Beschränkte bedeute; so bei pactum in rem und in personam, je nachdem der Nachlaßver-

trag allen Intereſſenten am Rechtsverhältniſſe zu ſtatten kommen, die Schuld an ſich abſolut nachgelaſſen werden ſoll, oder nicht, exceptio in rem und in personam, loqui in rem (ohne nähere Bezeichnung einer Perſon), remedium in rem und in personam scriptum oder conceptum d. h. ein in der Formel abſolut gefaßtes und deßhalb in der Regel auf einen beſtimmten Gegner nicht beſchränktes Rechtsmittel (D. XLIV, 4 de dol. except. *l.* 2 §. 1 *l.* 4 §. 33. II, 14 de pact. *l.* 7 §. 8. *l.* 57 §. 1. IV, 2 quod metus causa *l.* 9 §. 8. VII, 9 usufruct. quemadm. *l.* 5 pr.). In Verbindung mit actio nun blieben die Römer bei der urſprünglichen, eigentlichen Bedeutung von in rem und in personam ſtehen; ſie nennen durchaus in rem actio nur eine ſolche Klage, durch welche ein unmittelbar gegen eine Sache gehendes Recht verfolgt, welche ſchlechthin wegen eines unmittelbar an der Sache ſtattfindenden Rechts angeſtellt wird, und wobei daher der Kläger das Recht unmittelbar als ein ihm gehöriges — ohne Rückſicht auf die Perſon des Gegners — in Anſpruch nimmt; in personam actio eine ſolche, welche unmittelbar gegen eine Perſon wegen eines ſie beſonders verpflichtenden Grundes auf eine perſönliche Leiſtung angeſtellt, durch welche eine obligatio verfolgt wird. Dafür ſpricht entſchieden ſchon der Umſtand, daß ſie die Klagen, durch welche ein unmittelbar an eine Sache gehendes Recht verfolgt wird, wenn ſie auch nicht gegen jeden Dritten geltend gemacht werden können, ſomit nicht abſolut wirkend ſind, dennoch zu den in rem actiones zählen (oben Nr. I), ferner daß ſie die perſönlichen, aber abſolut wirkenden Klagen nicht zu den in rem actiones, ſondern zu den in personam actiones rechnen, was ſie nicht hätten können, wenn die Worte in rem bei der in rem actio die abgeleitete Bedeutung (nicht auf beſtimmte Perſonen beſchränkt ſeyn) gehabt hätten; das remedium iſt hier zwar in rem conceptum oder scriptum, aber nicht eine actio in rem, ſondern in personam. So wirkt z. B. die quod metus causa actio abſolut, indem ſie gegen jeden Dritten, der die Sache beſitzt, angeſtellt werden kann, und deßhalb wird von ihr auch in den Römiſchen Quellen geſagt, ſie ſey ein remedium in rem scriptum d. h. im abgeleiteten Sinne von in rem, eine in der Formel

abſolut gefaßte und deßhalb abſolut wirkende Klage; dabei erklären aber die Quellen ausdrücklich (D. IV, 2 quod metus causa *l.* 9 §. 8. J. IV, 6 de act. §. 31), ſie ſey nicht in rem actio, ſondern in personam actio, eben weil durch ſie nicht ein jus in re, ſondern eine bloße obligatio verfolgt wird. Ebenſo heißt es von einzelnen Interdicten, ſie ſeyen zwar abſolut gefaßt, aber doch blos perſönliche Klagen (licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. D. XLIII, 1 de interd. *l.* 1 §. 3). Alſo nicht die Faſſung der Formel und nicht der Umfang der Ausdehnung der Klage beſtimmt, wie hieraus hervorgeht, das Weſen und den Begriff der in rem und in personam actio.

Das Geſagte beweist ſich aber auch noch beſonders aus den Stellen der Römiſchen Quellen, die den Begriff der in rem und in personam actio geben wollen, indem dieſe die in rem actio durchaus als eine wegen einer Sache ſtattfindende, unmittelbar gegen eine Sache gehende Klage beſchreiben.

Das Letztere wird zwar zum Theile auch von Anderen, welche nicht durchaus Thibauts Anſicht ſind, beſtritten, namentlich von Savigny (Syſtem V §. 206—209), welcher behauptet, das Röm. Recht begreife unter den in rem actiones überhaupt alle Klagen, die nicht in personam ſind, alſo namentlich auch die Klagen aus dem Familienrechte, und ſich dabei, wie Thibaut, darauf ſtützt, daß es die Eintheilung der Klagen in in rem und in personam als Eintheilung aller actiones anführe und Juſtinian in §. 13 J. de act. auch die Präjudicialklagen zu den in rem actiones zähle.

Allein wenn Gajus und wenn die Pandecten die Eintheilung der actiones in in rem und in personam actiones als eine allgemeine Eintheilung der actiones vortragen: ſo folgt doch daraus nicht, daß auch die praejudicia zu der einen oder zu der anderen Claſſe gehören müſſen. Denn die Römiſchen Quellen ſetzen die praejudicia den actiones im engeren Sinne, den mit einer condemnatio verbundenen Klagen (den formulis, quae condemnationem habent, Gajus IV, 48), entgegen und unterſcheiden namentlich als Verſchiedenes actiones

in rem, in personam und praejudicia (D. III, 3 d. procur. *l.* 35 §. 2. XLIV, 7 d. O. et A. *l.* 37).

Betrachtet man dabei die Definition, welche Gajus und die Pandecten von den in rem actiones geben: ſo kann in der That doch kein Zweifel ſeyn, daß ſie unter den in rem actiones blos Klagen begreifen, welche unmittelbar eine Sache, ein unmittelbares Gewaltverhältniß zu einer Sache zum Gegenſtande haben. So ſagt Gajus Institut. IV, 2 und 3 an der Spitze der Lehre von den Klagen, die actiones ſeyen in rem oder in personam; in rem actio ſey die Klage, durch welche wir eine res corporalis oder ein jus (d. h. ein jus in re) in Anſpruch nehmen (cum aut corporalem rem intendimus nostram esse aut jus aliquod nobis competere), und führt für das Letztere einzelne Servitütenklagen als Beiſpiele an. Offenbar wollte hier Gajus eine erſchöpfende Definition der in rem actiones geben; auch haben Thibaut und Savigny keinen Grund beigebracht, aus welchem dieſe Definition als eine nicht erſchöpfende ſollte behandelt werden können. Iſt ſie aber eine erſchöpfende: ſo kann man ſie nur beziehen auf diejenigen Rechte, welche oben als dingliche (jura in re, das Eigenthum mit einbegriffen) beſchrieben wurden. Die dingliche Klage iſt hiernach eine Klage, durch welche man ein jus in re in Anſpruch nimmt. Damit ganz übereinſtimmend iſt eine andere Stelle bei Gajus IV, 87. Hier ſagt er: „cum in rem agitur, nihil in „intentione facit ejus persona, cum quo agitur, sive suo „nomine sive alieno aliquis judicio interveniat; tantum „enim intenditur, rem actoris esse.“ Die erſte, negative, Hälfte dieſes Satzes nimmt auch Savigny (Syſtem V S. 89) ganz allgemein, wie ſie lautet, als eine Eigenſchaft aller in rem actiones ausſprechend; die zweite, poſitive, Hälfte aber will er nur als Beiſpiel gelten laſſen und ſagt daher, ſie widerſpreche ſeiner Behauptung (daß in rem actio nicht die Beziehung auf eine beſtimmte Sache habe) nicht. Allein dieß iſt doch wohl willkührlich interpretirt. Die Stelle ſpricht ganz allgemein, cum in rem agitur ... tantum intenditur, rem actoris esse. Mit welchem Rechte ſoll man hier dieſe allgemeine Sprache beſchränken und ſie für ein bloßes Beiſpiel nehmen?

Man kann hier um so weniger beschränken, als gerade diese Worte ganz genau übereinstimmen mit der Definition, welche Gajus im Anfange des IV Buches seiner Institutionen von in rem actio gibt. Er sagt in jenem §. 87 nichts Anderes, als: bei der in rem actio werde die Formel der intentio unpersönlich gefaßt, weil die Klage blos unmittelbar auf die dem Rechte des Klägers unterworfene Sache sich bezieht, rem actoris esse[4]. Damit stimmt auch ganz überein die Definition, welche Justinian von in rem actio im Gegensatze von in personam actio gibt, wenn er in J. de act. §. 1 die in rem actio beschreibt durch eine Klage, mittelst welcher der Berechtigte movet alicui de aliqua re controversiam, und dieß dann vom §. 1 bis zum §. 7 näher erklärt durch eine Reihe von Beispielen, in welchen unmittelbar auf eine res corporalis oder auf ein jus in re (aliena) geklagt wird. Ebenso stimmt damit überein die Definition, welche Ulpian von der in rem actio gibt, wenn er (D. XLIV, 7 de O. et A. *l.* 25 pr.) sagt: „in rem actio est, „per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus“ (vergl. Note 4). Auf die gleiche Weise lassen sich noch eine Reihe von Quellenstellen nachweisen, in welchen der allgemein und im Gegensatze zur personalis actio gebrauchte Ausdruck in rem actio gar nicht anders gedeutet werden kann, als daß er

---

4) Wahrscheinlich ist es, daß bei den Römern der Begriff der res incorporalis Anfangs blos auf die jura (dingliche Rechte an fremden Sachen, oben S. 91) bezogen und erst später verallgemeinert wurde. Sie gingen von den Sachen als unmittelbaren Gegenständen der Rechte aus, und diese sind entweder res corporales (res nostrae) oder res incorporales (jura in re aliena und in Beziehung auf die Erbschaftsklage die hereditas). Diese res incorporales konnten, wie die eigentliche res, vindicirt, in jure cedirt werden ꝛc. und standen durch das unmittelbare Gewaltverhältniß den rebus gleich. Der nächste und natürlichste Ausgangspunkt der in rem actio war die res corporalis, das Eigenthum; die Eigenthumsklage ist die ursprüngliche in rem actio und deßhalb gehen auch manche Definitionen zunächst auf sie. In einer allmähligen Verallgemeinerung wurde dann die in rem actio auch auf die jura in re bezogen und dieß durch den Begriff der res incorporalis vermittelt; sie erscheint dann als eine Klage unmittelbar auf eine Sache (qua intenditur, rem actoris esse) schlechthin wegen des zur Sache stattfindenden unmittelbaren Rechtsverhältnisses, wegen des unmittelbaren Unterworfenseyns der Sache unter die Herrschaft der Person.

eine unmittelbar auf eine Sache ſich beziehende Klage bedeuten ſoll, z. B. D. X, 4 ad exhib. *l.* 3 §. 3 (hier können namentlich unter der qualiscunque in rem actio die praejudicia gar nicht enthalten ſeyn) XLIV, 2 d. except. rei jud. *l.* 14 §. 2 C. III, 9 ubi in rem act. tot. tit. [5]. Nirgends in irgend einer Stelle wird auch nur angedeutet, daß die Präjudicialklagen in rem actiones ſeyen, und in keiner der angeff. Stellen kann man ſie unter den in rem actiones mitbegreifen [6]. Blos eine Bemerkung Juſtinians in §. 13 J. de act. ſcheint hier entgegenzuſtehen, wenn er ſagt: „praejudiciales actiones in rem esse videntur.“ Will man in dieſer Bemerkung — durch welche Juſtinians Commiſſion wohl nur Das erſetzen wollte, was Gajus in ſeinen Inſtitutionen (IV, 44) über die Faſſung der intentio in der Klagformel ſagte und was für Juſtinians Inſtitutionen ſich nicht abſchreiben ließ, da es nicht mehr praktiſch war — nicht die bloße Andeutung einer Aehnlichkeit der praejudicia mit den in rem actiones finden (weil es auch bei ihnen zunächſt nur von Anerkennung und Feſtſtellung eines beſtimmten

5) Natürlich kann dagegen nicht, wie es Thibaut in ſeinen neueren Dictaten (bei Froben S. 68) thut, eingewendet werden, daß in den Röm. Quellen die Worte „in rem“ bei „in rem actio“ ſich deßhalb nicht auf eine Sache beziehen können, weil diejenigen Contractsklagen, welche auf eine Sache ſich beziehen z. B. die actio conducti, commodati, depositi, emti doch nicht in rem actiones genannt werden. Ein ſolcher Einwand iſt wirklich auffallend; denn dieſe Contractsklagen gehen ja nicht in rem, d. h. nicht unmittelbar auf eine Sache ſchlechthin wegen des an ihr ſtattfindenden Rechts, ſondern blos auf die Leiſtung einer verpflichteten Perſon und dabei nur mittelbar auf eine Sache, ſind alſo in personam actiones. Vrgl. Note 1.

6) Was Thibaut's Grund unter lit. c oben S. 94, 95 betrifft: ſo kamen allerdings beim liberale judicium und bei der patria potestas auch Vindicationen vor. Aber hier wurden die zu Vindicirenden ganz wie beim Eigenthum gleichſam als Sachen behandelt und es liegt ſomit hierin keine Abweichung vom Begriffe der in rem actio als einer unmittelbar aus einem Rechte auf eine Sache entſpringenden Klage. Vrgl. auch Zimmern Geſch. d. Röm. Privatr. III §. 39 Fritz Erläutt zu Wening I S. 79 f. Als aber über ſolche Verhältniſſe im ſpäteren Röm. Rechte durch praejudiciales actiones geſtritten wurde, ſetzte man dieſe geradezu den vindicationes entgegen, z. B. D. VI, 1 d. R. V. *l.* 1 §. 2; ſ. auch Schrader Inſtitut. Ausg. zu §. 13 d. act.

Rechtsverhältnisses sich handelt) [7], sondern daraus — freilich gegen alle übrige Quellenstellen — einen allgemeineren Begriff der in rem actiones herleiten [8]: so müßte man dann wenigstens unterscheiden zwischen einem besonderen Sprachgebrauche der Justinianischen Institutionen (wiewohl dann der §. 1 de act. nicht eben im Einklange stände mit dem §. 13 eod.) und dem der übrigen Röm. Quellen, namentlich der Quellen des classischen Römischen Rechts.

III. Das Letztere thun auch wirklich manche Neuere, indem sie eben in Beziehung auf den angef. §. 13 J. de act. einen doppelten Sinn von in rem actio unterscheiden. So meint Mackeldey Lehrb. §. 195 und nun auch Schilling Institut. II §. 104, im weiteren Sinne bedeute in rem actio die Klage aus einem absoluten Rechte, also nicht blos die aus einem unmittelbar an eine Sache gehenden Rechte, sondern auch die auf den Status sich beziehende (wobei aber wieder nicht beachtet ist, daß die Rechte an Sachen nicht einmal durchaus absolute Rechte sind); im engeren und gewöhnlichen Sinne aber bedeute sie blos die aus einem dinglichen oder Sachenrechte entspringende Klage. Ebenso gibt Göschen Vorless. üb. d. Civilr. I §. 137 zu, in

7) Vrgl. dafür und darüber und überhaupt für die im Texte vertheidigte Ansicht auch Zimmern a. a. O. §. 59 u 69 Schrader a. a. O. Wangerow Pandect. zu §. 113 und auch Du Roi Observatt. d. jure in re p. 10, 26 sq. Denselben im Arch. f. civil Prax. VI S. 430 v. Ballhorn-Rosen Ueber Dominium ꝛc. Lemgo 1822 S. 156 f. Welcker Encyklop. S. 658 Fritz a. a. O. S. 77—83. — Selbst Thibaut, der sich doch hauptsächlich auf den §. 13 J. de act. für seine Ansicht beruft, läßt diesen Paragraphen nicht einmal ganz gelten, indem er (Versuche II S. 51) meint, „daß hier Justinian in der Unfähigkeit, scharfe und bestimmte Begriffe sich „zu verschaffen, nicht eingesehen habe, daß nicht alle Präjudicialklagen. z. B. „nicht die actio de partu agnoscendo, dingliche seyen, und sich deßhalb „über die Natur der Präjudicialklagen zweifelhaft ausgedrückt habe."

8) Davon scheint auch Theophilus Paraphr. IV, 6 §. 13 auszugehen, wiewohl auch er, damit nicht im Einklange, vorher im §. 2 sagt: „Itaque, „ut rem totam in pauca contraham, in rem agimus in rebus corporalibus et in rebus incorporalibus," und im Anfange des §. 2: „In rem agimus tum de rebus corporalibus, tum de incorporalibus, et aut confessorie aut negatorie. Ac res quidem corporales „sunt fundus domus, incorporales vero, ut ususfructus servitus." Vergl. Note 4.

rem actio sey eine Klage, wodurch ein Recht unmittelbar an eine Sache verfolgt werde, aber — fügt er bei — in Justinian's Institutionen sey der Begriff einer in rem actio so weit gefaßt, daß dahin jede Klage gehöre, die keine persönliche ist, also auch diejenige, die auf den status und die Familienverhältnisse sich beziehe.

Bei dieser Ansicht denken jedoch die Genannten mit Recht nicht daran, nach diesem von ihnen angenommenen weiteren Sinne von in rem actio die Begriffe von dinglichem und persönlichem Recht, von jus in re und jus in personam zu bilden, und haben die ganz richtige Ansicht über diese Begriffe (Mackeldey §. 208, 209, 398, Schilling §. 89, Göschen §. 125 f.).

Auch Mühlenbruch Pandect.R. §. 138 §. 79 gibt zu, die classischen Römischen Juristen hätten in rem actio blos von der Eigenthumsklage und den ihr nachgebildeten Klagen gebraucht, also in dem oben von mir entwickelten Sinne genommen; in einem allgemeinen Sinne aber, meint er, bezeichne der Ausdruck bei den Verfassern der Justinianischen Institutionen eine in Ansehung des Beklagten unbeschränkte Klage (was schon nach §. 4 u. 6 J. de act. unrichtig ist). Dabei unterscheidet aber Mühlenbruch drei Grundklassen der Rechte, ganz wie es auch von mir geschieht (Personen-, Sachen-, Forderungenrechte), nur daß er die unmittelbar an Sachen gehenden Rechte blos durch („unmittelbare) Sachenrechte," die Rechte aus Obligationen durch „Forderungenrechte" bezeichnet, indem er die Ausdrücke dingliches und persönliches Recht (jus in re und in personam) „nach dem Sprachgebrauche der neueren Juristen" auf die durch eine absolute beziehungsweise beschränkte Klage geschützten Rechte bezieht. Allein Das, was er von dem Sprachgebrauche der Neueren sagt, ist viel zu allgemein und unrichtig. Denn keineswegs ist das Letztere der herrschende Sprachgebrauch bei den Neueren; vielmehr nehmen die Neueren die Ausdrücke dingliches und persönliches Recht in der Regel in dem von mir entwickelten Sinne, wie schon Höpfner, Weber, Mackeldey, Heise, Schweppe, Wening, Welcker, Schilling, Göschen, Puchta, Savigny, Böcking, überhaupt die entschiedene Mehrzahl der neueren Schriftsteller beweisen. Vrgl. übri-

gens nun auch Mühlenbruch selbst in seinen Instit. §. 100. Ebenso ist es entschieden irrig, wenn Maurenbrecher Deutsch. Priv.R. 2. Ausg. B. I S. 411 die oben angeführte Ansicht Thibauts über dingliches und persönliches Recht „die heutige Theorie" nennt. Es ist dieß augenscheinlich einer der vielen Fälle, in welchen Maurenbrecher die Ansicht einiger Einzelnen, die gerade mit der Seinigen übereinstimmt, ohne Weiteres aus eigener Machtvollkommenheit zur herrschenden Theorie stempelt, wobei er dann eine Reihe von Schriftstellern als mit dieser Ansicht im Ganzen übereinstimmend anführt, die unter einander der verschiedensten Ansicht sind und zum großen Theile jene Ansicht gar nicht theilen. Auch hat Maurenbrecher völlig übersehen, daß

IV. Thibaut später (in der 8. Ausgabe seines Pandect.R. §. 63 a. E.) seine früheren Behauptungen über die Bedeutung von dinglichem Recht, jus in re oder in rem, ganz zurücknahm. Thibaut sagt nämlich nun, „es sey von je her herrschender Redegebrauch gewesen, daß man nur die Sachenrechte, welche mit einer actio in rem verknüpft sind (d. h. die unmittelbar gegen eine Sache gehenden Rechte) dingliche Rechte oder jura in re nannte," und dieses gibt er auch in seinen neueren Dictaten (bei Froben S. 73) schon von der Glosse zu; somit kam Thibaut später im Resultate auf die hier vertheidigte Ansicht über die Bedeutung von dinglichem Recht und jus in re beinahe ganz zurück. Der Unterschied besteht nur darin, daß er blos die durch eine Klage geschützten Sachenrechte dingliche Rechte (jura in re und in rem) nennt, und somit z. B. das Eigenthum, wenn, wie es nach manchen Particularrechten der Fall ist, bei ihm der Grundsatz, Hand muß Hand wahren, gilt, nicht für ein dingliches (also für ein persönliches!) Recht erklärt (Thibaut Pand.R. §. 699). Uebrigens ließ Thibaut in der angef. Ausg. seines Pand.R. wohl aus Versehen den Anfang des §. 63, wie er in den früheren Ausgaben §. 61 stand, unverändert stehen, während derselbe zu seiner neueren Ansicht und zum Schlusse des Paragraphen gar nicht mehr paßt.

V. In einigen Beziehungen übereinstimmend mit der unter Nr. II bekämpften Ansicht, aber doch wieder wesentlich von ihr

verſchieden iſt die Anſicht, welche Savigny Syſtem B. V S. 11—37, S. 88—91 entwickelt und mit welcher auch im Ganzen Das zuſammenſtimmt, was Puchta Inſtitut. B. II S. 99 f. S. 673 und Pandect. §. 32, 69 ausführt. Nach Savigny bedeutet in den Römiſchen Quellen in personam actio die Klage aus einer obligatio, in rem actio alle übrigen, alſo die Klagen aus dem Sachenrechte, Erbrechte und Familienrechte. Der Hauptgrund Savigny's iſt, wie bei Thibaut, daß in §. 1 J. de act. (und bei Gajus IV, 1) und in *l.* 25 pr. de O. et A. die Eintheilung der actiones in rem und in personam als eine ganz allgemeine vorgetragen werde, und der §. 13 J. de act. [9]. Dabei iſt aber Savigny weit entfernt, dieſe Eintheilung der Klagen gleichbedeutend zu nehmen mit der in abſolut und beſchränkt wirkende (a. a. O. S. 23 f. und B. I S. 373). Auch bildet er nicht aus der nach ſeiner Anſicht beſtehenden Gemeinſamkeit der in rem actio für die vorhin genannten Rechte eine beſondere Claſſe von Rechten unter gemeinſamem Namen, wodurch die heterogenſten Rechte zuſammengeworfen würden (vrgl.

---

9) Wenn Savigny Syſtem V S. 21 ſagt: „Ich gehe aber noch weiter „und behaupte, daß ſelbſt im Sinn des älteren Rechts alle Präjudicien ohne „Unterſchied in rem genannt werden konnten," und dabei theils auf ſeinen §. 209 verweist, theils, was die den Status betreffenden Präjudicien anbelangt, ſich namentlich auf die vindicatio in libertatem und in servitutem und auf die vindicatio filii ex jure Quiritium beruft: ſo ſpricht gegen den letzteren Beweisgrund das vorhin in der Note 6 Angeführte, und was die Ausführung im §. 209 betrifft: ſo erklärt dieſe nur, wie die Römer von der Eigenthumsklage allmählig zur Erweiterung der in rem actio kamen, zeigt aber keineswegs, daß unter dieſen erweiterten Begriff auch die praejudiciales actiones gezogen worden ſind, vielmehr ſpricht gerade gegen das Letztere die ganze Ausführung im §. 209. Wie ſollte z. B. das praejudicium quanta sit dos eine in rem actio ſeyn und wie ſoll es ſich dann erklären, daß alle in rem actiones auch vindicationes heißen (D. de O. et A. *l.* 25 pr.), — alſo auch alle praejudia? auch das praejudicium quanta sit dos? Auch durch Das, was Savigny §. 216 a. E. ausführt, wird ſeine Anſicht nicht gehörig begründet. Wenn die Unperſönlichkeit der intentio es iſt, welche bei der in rem actio durch den Ausdruck in rem bezeichnet wird, nicht die Beziehung auf eine beſtimmte Sache: ſo müßte auch eine Klage aus einer obligatio mit einer intentio in rem concepta eine in rem actio geweſen ſeyn.

auch die richtige Bemerkung Puchta's Institut. B. II S. 676 Note), und beschränkt namentlich den Begriff der dinglichen oder Sachenrechte auf die oben S. 88 als solche bezeichneten Rechte, auf Eigenthum und jura in re (aliena; System B. I S. 369), so daß am Ende die Verschiedenheit dieser Ansicht, wie auch der Ansicht Thibaut's nach seiner neuesten Erklärung und der unter Nr. III angeff. Schriftsteller von der von mir vertheidigten sich nur auf die untergeordnete Frage reducirt, ob die Römischen Quellen (überhaupt, oder nach der Ansicht der unter Nr. III Angeführten blos Justinians Institutionen) auch die Statusklagen zu den in rem actiones im technischen Sinne gezählt und somit unter in rem actiones eben diejenigen Klagen verstanden haben, bei welchen das richterliche Urtheil zunächst auf das Daseyn oder Nichtdaseyn eines Rechtsverhältnisses (Eigenthum, Servitut, väterliche Gewalt ꝛc.) und nur mittelbar und folgeweise auf Verurtheilung des Beklagten in bestimmte Leistungen geht. Freilich wäre dann schwer einzusehen, daß die Römische Jurisprudenz gar nicht durch das wissenschaftliche und praktische Bedürfniß darauf geführt worden seyn sollte, für die eine so wichtige Classe der hierher gehörigen Klagen, für die Klagen aus Eigenthum und jura in re aliena, einen besonderen Namen zu schaffen [10].

Das Württembergische Particularrecht nimmt mit Recht die Ausdrücke dingliches und persönliches Recht nicht in dem unter Nr. I, noch in dem unter Nr. II angegebenen Sinne, sondern versteht in der Regel unter dinglichem Rechte ein unmittelbar gegen eine Sache gehendes, unter persönlichem Rechte ein aus einer obligatio entstandenes Recht, unter dinglicher oder Realklage eine Klage aus einem unmittelbar auf eine Sache gehenden Rechte und unter persönlicher Klage eine Klage aus einem Forderungen- oder persönlichen Rechte. S. mein Handb. II §. 46 Note 3 und 16, §. 47 Note 2, 10.

---

10) Ueber und gegen die von Du Roi im Arch. f. civil. Prax. B. VI S. 407 f. 412 423 f. vertheidigte Ansicht von in rem und in personam actio s. Vangerow Pandect. §. 113 S. 137 f. Savigny System V S. 15, 30—35.

BIBLIOTHECA BODLEIANA

Fünfte Erörterung.

Ueber

die verschiedenen Bezeichnungen der Hauptgattungen und gewisser Haupteigenschaften der Privatrechte, und über die Stellung der Realrechte und Reallasten im Systeme.

Sowohl Civilisten als Germanisten und zum Theile auch die Bearbeiter des Württemb. Particularrechts bezeichnen einzelne Gattungen und gewisse Eigenschaften der Privatrechte, und gerade die wichtigsten, auf eine ganz verschiedene Weise und gebrauchen dieselben Kunstausdrücke für die verschiedensten Rechte und Rechtsverhältnisse. Selbst da, wo über einen Ausdruck ein bestimmterer Sprachgebrauch sich gebildet hatte, weichen Manche willkührlich von diesem Gebrauche ab und nehmen den Ausdruck in einem anderen Sinne, weil man das Wort auch in diesem Sinne doch möglicherweise nehmen kann.

Daß dieß für Wissenschaft und Anwendung zu bedauern ist, leidet wohl keinen Zweifel. Namentlich ist die bloße Möglichkeit, ein Kunstwort auch in einem anderen Sinne zu nehmen, noch kein Grund, aus dem sich eine Abweichung vom Sprachgebrauche irgend billigen lassen würde. Selbst wenn der andere Sinn dem Ausdrucke mehr angemessen wäre: so ist es doch nicht gut, deßhalb am Sprachgebrauche zu rütteln. Allein die große Wichtigkeit, welche ein fester Sprachgebrauch in der Wissenschaft und Praxis wie in der Gesetzgebung für Festsetzung, Entwicklung,

Handhabung, Anwendung und richtige Auffassung des Rechts hat, wird leider von vielen Juristen, besonders in unsren Zeiten, gar nicht gehörig gewürdigt, wie namentlich der Gegenstand der folgenden Ausführung beweist, ein Feld, auf welchem eine wahre Sprachverwirrung herrschend zu werden droht, unter der sich nicht selten wohl auch eine Begriffsverwirrung verbirgt. Wer hier mit den verschiedenen Terminologieen und dem verschiedenen Sinne, in welchem ein und derselbe Ausdruck von den verschiedenen Schriftstellern und nicht selten sogar von einem und demselben Schriftsteller gebraucht wird, nicht vertraut ist, wird sich schwer zurecht finden und Mißverständnisse und falsche Auffassungen nicht zu vermeiden wissen. Deßhalb wird es nicht ohne Interesse seyn, hier einen zusammenfassenden Ueberblick über den verschiedenen Sinn zu geben, in welchem die wichtigeren auf die Hauptgattungen und gewisse Eigenschaften der Privatrechte sich beziehenden Kunstausdrücke genommen werden und an diesen Ueberblick einige Bemerkungen anzuknüpfen.

I. Persönliches Recht, jus in personam, jus personale.

1. Gewöhnlich und auch am Angemessensten werden diese Ausdrücke gebraucht für diejenigen Vermögensrechte, welche unmittelbar auf eine Leistung einer durch besondere Thatsachen dazu verpflichteten Person gehen, also für die Forderungenrechte oder die Rechte aus Obligationen (ob. S. 89 und mein Handbuch B. II §. 47). Sie beziehen sich somit auf den unmittelbaren nächsten Gegenstand und das dadurch bestimmte Wesen des Rechts. In diesem Sinne werden sie auch gewöhnlich von den Württembergischen Rechtsquellen genommen (mein Handb. B. II §. 47 Note 2).

2. Manche Schriftsteller wollen den Ausdruck „persönliches Recht" für die von den Forderungenrechten völlig verschiedenen (in meinem Handbuche B. II §. 45 näher beschriebenen) Personenrechte gebrauchen, wie z. B. Sintenis Pfandrecht S. 5. (der sich aber hierin nicht treu bleibt, s. z. B. Denselben S. 7 Note 1 a. E.). Allein dieß ist eine nicht zu billigende und gar nicht gehörig motivirte Abweichung vom herrschenden Sprachgebrauche, der hier auf guten Gründen beruht.

3. Andere beziehen die Ausdrücke „persönliches Recht" jus in personam oder personale auf den Grad der Wirksamkeit und Verfolgbarkeit des Rechts und verstehen darunter jedes blos beschränkt wirksame und nicht gegen jeden Dritten, sondern nur gegen gewisse Personen verfolgbare Recht. Daß aber dieß auf einer Verkennung des wesentlichen Charakters der eigentlichen persönlichen und dinglichen Rechte und auf einer unrichtigen Auffassung der Bedeutung beruht, welche im Römischen Rechte actio in personam und actio in rem hat, wurde schon in der vierten Erörterung S. 92 f. nachgewiesen.

4. Viele gebrauchen den Ausdruck „persönliches Recht" um die Art und Weise zu bezeichnen, wie das Recht mit der berechtigten Person verknüpft und wie der Berechtigte näher bezeichnet ist, also in einer Beziehung auf das berechtigte Subject. Selbst Solche, welche gewöhnlich „persönliches Recht" im richtigen Sinne, in Beziehung auf den unmittelbaren Gegenstand und Inhalt des Rechts nehmen (Nr. 1), gebrauchen ihn doch öfters zugleich auch in jener Beziehung auf das berechtigte Subject. In diesem Sinne wird nämlich durch „persönliches Recht" (mitunter auch in den Württ. Gesetzen) bezeichnet die Negation des Geknüpftseyns des Rechts an eine Sache, die Negation des Realrechts (des Rechts einer Sache), also ein Recht das nicht an eine Sache activ gebunden ist, sey es nun ein wirkliches persönliches Recht (ein Forderungenrecht), oder, wie die persönliche Servitut, ein dingliches Recht. Manche aber bezeichnen durch „persönliches Recht" blos eine gewisse Classe jener Rechte, nämlich die s.g. höchstpersönlichen Rechte d. h. die an die bestimmte Person des Berechtigten durchaus gebundenen, also nicht vererblichen und nicht veräußerlichen Rechte. Allein der Gebrauch des Ausdrucks „persönliches Recht" in diesem subjectiven Sinne, in der Beziehung auf das berechtigte Subject, kann leicht zu Verwirrungen führen, da jener Ausdruck gewöhnlich auf den Gegenstand des Rechts bezogen wird. Wenn man die Negation der Realeigenschaft eines Rechts (unten IV, 2) durch einen Kunstausdruck bezeichnen will: so ist es gewiß angemessener, dafür das Wort Personalrecht zu gebrauchen, indem dadurch die Verwirrung vermieden würde, zu

welcher der Ausdruck „persönliches Recht" für jene Negation führen kann. Durch Personalrecht im weiteren Sinne kann man dann jedes Recht, das überhaupt kein Realrecht (im Sinne von Nr. IV, 2) ist, durch Personalrecht im engeren Sinne die an die Person gebundenen Personalrechte (die s.g. höchstpersönlichen Rechte) bezeichnen.

II. Dingliches Recht, jus in re oder in rem.

Das dingliche Recht bildet den Gegensatz zum persönlichen. Der Ausdruck wird daher meist in denselben verschiedenen Beziehungen gebraucht, wie der Ausdruck „persönliches Recht."

1. Am Richtigsten und auch gewöhnlich wird dingliches Recht, jus in re (Letzteres auch von den Röm. Quellen) und jus in rem auf den unmittelbaren nächsten Gegenstand des Rechts bezogen, also dadurch das unmittelbar gegen eine Sache gehende Recht bezeichnet und in diesem Sinne wird auch von den Württemb. Rechtsquellen gewöhnlich der Ausdruck dingliches Recht genommen (oben S. 88 f. 105 und mein Handbuch II §. 46 Note 3). Manche gebrauchen auch dafür den Ausdruck sachliches Recht.

Dagegen werden jene Ausdrücke ungeeigneter Weise von Manchen noch in anderen Beziehungen genommen und zwar

2. in Beziehung auf die Ausdehnung der Wirksamkeit und Verfolgbarkeit des Rechts gegen Dritte. Hiernach verstehen Manche unter dinglichem Recht, jus in re oder in rem, jedes absolut wirkende gegen jeden Dritten geltend zu machende Recht, so daß hiernach die meisten Personenrechte und selbst manche persönliche Rechte zu den dinglichen Rechten gehören würden. Gegen diesen Sprachgebrauch (welchen die Württ. Gesetze mit Recht nicht haben) gilt ganz die oben S. 108 Nr. 3 gemachte Bemerkung. Ueber eine ähnliche weitere Bedeutung, welche Thibaut dem dinglichen Rechte beilegte, die er aber zuletzt doch wieder zurücknahm, s. oben S. 93 f.

3. Manche, welche gewöhnlich den Auedruck „dingliches Recht" im richtigen Sinne, in Beziehung auf den Gegenstand des Rechts (Nr. 1) nehmen, gebrauchen ihn dabei auch noch in einer ganz anderen Bedeutung und Beziehung, nämlich in Beziehung auf die Art und Weise, wie das Recht mit der Person

verknüpft ist, das berechtigte Subject näher bestimmt wird (vrgl. oben Nr. I, 4). Hienach bezeichnen sie durch dingliches Recht ein Recht, bei welchem die Person des Berechtigten lediglich durch das Eigenthum einer Sache bestimmt, d. h. das Recht gewissermaaßen an eine Sache geknüpft ist (die Rechte der Sachen, die eigentlichen Realrechte). In diesem Sinne nehmen oft auch die Wkrtt. Gesetze das Wort „dinglich" z. B. „dingliches Wirthschaftsrecht" für ein Wirthschaftsrecht, das an das Eigenthum eines bestimmten Hauses gebunden ist. Manche nennen dann diese s.g. dinglichen Rechte, eben weil hier der Ausdruck auf das Subject der Berechtigung bezogen wird, auch subjectiv dingliche, und bezeichnen dann die eigentlichen dinglichen Rechte, bei welchen der Ausdruck nach dem Objecte des Rechts sich bestimmt (Nr. 1), durch objectiv dingliche Rechte (vrgl. mein Handbuch II §. 48 Note 21 a. E.).

4. Einige Germanisten, z. B. Runde Rechtslehre von der Leibzucht 1805 II S. 26, Eichhorn Deutsch. Privatr. §. 162 gebrauchen den Ausdruck „dinglich" sogar auch noch in Beziehung auf das verpflichtete Subject, was freilich vollends gar zu Verwirrung in der Terminologie führt. Sie bezeichnen nämlich durch subjectiv-dingliche Rechte die eigentlichen Reallasten (mein Handbuch II §. 48), weil bei ihnen das Subject der Verbindlichkeit lediglich durch den Besitz einer Sache bestimmt werde. Daß dieses Verhältniß durch den Ausdruck gar nicht gehörig bezeichnet wird, ist einleuchtend, und zu diesem Zwecke wird dann noch dazu „dingliches Recht" in einem ganz anomalen Sinne genommen. Namentlich möchte man fragen, was dann der Gegensatz, was gegenüber von solchen subjectiv-dinglichen Rechten ein objectiv-dingliches Recht seyn soll? Auch müßte man, wenn man jedes Recht, bei welchem das Subject der Verbindlichkeit lediglich durch den Besitz einer Sache bestimmt ist, ein subjectiv-dingliches nennen wollte, unter diesen subjectiv-dinglichen Rechten nicht blos die Reallasten begreifen, sondern auch noch ganz andere, von ihnen völlig verschiedene Rechte. Denn es gibt z. B. Rechte und Verbindlichkeiten, die rein persönlich sind, bei denen aber das Subject der Verbindlichkeit auch lediglich durch einen Sachenbesitz bestimmt wird, wie die Fälle,

auf welche sich die actio ad exhibendum, quod metus causa etc. gründen.

5. Endlich wird noch das Wort „dinglich" bisweilen ganz allgemein genommen für Das, was mit dem Besitze einer Sache in einer Beziehung steht; z. B. dingliche Frohnen auch für solche Frohnen, welche zwar nicht eigentliche Reallasten sind d. h. nicht auf der Sache selbst als Last haften und nicht vermöge eines eigentlichen dinglichen (an die Sache unmittelbar gehenden) Rechts gefordert werden können, aber doch blos in Beziehung auf einen Gutsverband, in welchen der Pflichtige trat (z. B. bei Falllehen) zu leisten sind. Vrgl. mein Handbuch II §. 48 Note 10.

III. Die Gegensätze dinglich und persönlich werden von Manchen sogar zur Bezeichnung eines und desselben Rechts combinirt (in den Württ. Gesetzen kommen meines Wissens solche Combinationen mit Recht bis jetzt gar nicht vor) und zwar in sehr verschiedenen Beziehungen. Namentlich

1. bezeichnen Manche die Familienrechte durch dinglich-persönliche Rechte" (s. mein Handbuch B. II §. 45 Note 8), was doppelt unangemessen ist, weil dabei persönliches Recht für das höchst-persönliche Recht (s. oben I. 4) und dingliches Recht für absolut wirkendes Recht (oben Nr. II. 2) genommen wird.

2. Durch persönlich-dingliche Rechte wollen Manche die gemischten Realrechte (mein Handbuch II §. 49) bezeichnen d. h. diejenigen an eine Sache gebundenen Rechte, welche nicht von jedem Eigenthümer der Sache, sondern nur von einem mit gewissen besonderen persönlichen Eigenschaften versehenen Eigenthümer ausgeübt werden können. Jene Bezeichnung gebraucht z. B. der Entwurf eines Statuts für die Körpersch. des Württ. ritterschaftl. Adels Art. 19, 20. Allein sie ist ungeeignet und zu vermeiden, weil dabei das Wort dinglich in einem uneigentlichen (Nr. 3) und das Wort persönliches Recht in einem ganz anomalen Sinne (für ein Recht, dessen Ausübung von gewissen persönlichen Eigenschaften abhängt) gebraucht wird.

3. Reyscher (W. Privatr. §. 93 Note 3) glaubt, man könne die Forderungenrechte (die persönlichen Rechte, oben I, 1) auch persönlich-dingliche Rechte nennen, soferne man unter Ding im weiteren Sinne Alles verstehe, was als Object von

Rechten erscheint, also auch Handlungen. Allein dann wäre ja jedes Recht ein dingliches, weil es kein Recht ohne Object gibt, und der Ausdruck „dinglich" rein nichtssagend. — In einem anderen Sinne spricht Reyscher a. a. O. §. 309 von Dinglichkeit und von „ein Recht in dinglicher Form errichten." Allein es ist nicht einzusehen, wie der Grundsatz des Württ. Rechts, daß ein Pfandrecht nur durch Eintrag in das Pfandbuch oder in der Form des Faustpfandes, nicht aber durch Gesetz und durch Privathypothecirung entstehen kann, ein „Grundsatz der Dinglichkeit, der Realität" und jene Entstehungsform eine „dingliche" genannt werden kann.

4. Manche sprechen auch von „dinglichen Forderungenrechten," aber in sehr verschiedenem Sinne. So verstehen Manche darunter reine Forderungenrechte, welche aber ausnahmsweise gegen jeden Dritten verfolgbar sind (wie in dem S. 96 unt. angeführten Falle). Hier ist dann dinglich in dem unrichtigen unter Nr. II. 2 angeführten Sinne genommen. Andere bezeichnen auf jene Weise die Reallasten, weil sie zwar an sich dingliche Rechte sind, aber in den einzelnen Leistungen selbst in ein wahres Forderungenrecht ausgehen (über diesen Sinn des Ausdrucks s. mein Handbuch II §. 48 bei Note 15). In einem anderen Sinne gebrauchen Andere, z. B. Reyscher (W. Privatr. §. 255, 399) den Ausdruck dingliche Forderungsrechte (sogar dingliche Obligationen) für die Reallasten, indem sie auch das Recht auf die verfallene Leistung für ein an die Sache selbst gehendes Recht halten (s. davon die nächstfolg. Erörterung), und dabei durch Forderungsrecht blos bezeichnen wollen, daß hier das dingliche Recht auf Handlungen gehe und somit unter Forderungsrecht überhaupt „Rechte auf Handlungen" verstehen. Dagegen ist aber, von Anderem ganz abgesehen, zu bemerken, daß ja „Forderungen" nicht blos auf positive Handlungen, sondern auch auf Unterlassungen gehen, die Reallasten aber nie bloße Unterlassungen (negative Handlungen) zum Gegenstande haben, eine dingliche Obligation aber vollends gar einen innern Widerspruch erhält. (Die Württ. Gesetze verstehen unter Forderungenrechten mit Recht blos die persönlichen Rechte I. 1). — Wieder in einem anderen

Sinne nennen manche das Pfandrecht ein dingliches Forderungenrecht. Hierüber vrgl. Handbuch B. II §. 48 Note 25.

IV. Realrecht, jus reale.

Dieser Ausdruck kann Doppeltes bedeuten, je nachdem man ihn auf die Sache als Subject oder auf die Sache als Object des Rechts bezieht.

1. Im letzteren Sinne, in der objectiven Beziehung, ist er gleichbedeutend mit dinglichem Rechte, bezeichnet also ein Recht, das unmittelbar gegen eine Sache geht (Nr. II. 1), und in diesem Sinne wird der Ausdruck von Vielen, mitunter auch von den Württ. Gesetzen, gebraucht (mein Handbuch B. II §. 48 Note 22).

2. In subjectiver Beziehung bezeichnet Realrecht das an eine Sache activ geknüpfte, das einer Sache zukommende Recht. Hier bezieht sich also der Ausdruck auf die Art und Weise, wie der Berechtigte näher bezeichnet und bestimmt und das Recht an den Berechtigten geknüpft wird (mein Handbuch B. II §. 49); ein Sinn, in welchem von Manchen auch der Ausdruck dingliches Recht unpassend gebraucht wird (oben Nr. II. 3).

In der neueren Zeit wird es immer gewöhnlicher, den Ausdruck Realrecht (und Realgerechtigkeit) blos im letzteren Sinne, in der subjectiven Beziehung zu nehmen (wie er auch z. B. durchaus und von jeher bei der Realservitut in diesem Sinne genommen wird), und auch in den Württ. Gesetzen wird er in diesem Sinne häufig gebraucht. Auch sollte man ihn, um Verwirrungen zu vermeiden, auf diese Bedeutung beschränken und deßhalb gebrauche ich ihn blos in diesem letzteren Sinne.

3. Manche wollen durch Realrecht, Realgerechtigkeit, Realberechtigung das den Reallasten im eigentlichen Sinne (unten Nr. V) entsprechende Recht bezeichnen. Allein dieß ist ungeeignet, nicht blos weil dann hier Realrecht in der objectiven Beziehung (für ein Recht unmittelbar gegen eine Sache) gebraucht würde, sondern weil der Ausdruck, wenn man ihn in der objectiven Beziehung nimmt, jedenfalls einen viel weiteren Sinn hat, d. h. nicht blos die den Reallasten entsprechenden dinglichen Rechte, sondern jedes unmittelbar gegen eine Sache gehende Recht, somit jedes dingliche Recht bezeichnet.

4. Eine sehr willkührliche Unterscheidung zwischen Realrecht und Realberechtigung macht Maurenbrecher Deutsch. Privatr. §. 347. Er nimmt zwar den Ausdruck Realrecht in der subjectiven Beziehung (oben Nr. 2), beschränkt ihn aber dabei ganz willkührlich blos auf gewisse Realrechte. Nach ihm sollen nämlich Realrechte, jura praediorum, blos diejenigen Rechte seyn, die an den Besitz eines Grundstücks gebunden sind, ohne für dieses Grundstück selbst irgend eine Zweckbestimmung zu haben. Durch diese letztere Beschränkung soll, wie er sagt, hauptsächlich der Begriff der Deutschen Realrechte bestimmt und deren Unterschied von den Römischen und den anderen, im heutigen gemeinen Rechte noch vorkommenden, Realberechtigungen ausgedrückt werden. Er gibt also noch andere Realrechte zu, nur daß er diese nicht Realrechte, sondern Realberechtigungen nennt (vrgl. auch Denselben §. 319 Note 12) und daß er glaubt, die Letzteren seyen nicht Deutschen Ursprungs oder wenigstens den Röm. Realrechten nachgebildet. Allein schon die einem herrschenden Gute zu leistenden, nach dem Bedürfnisse desselben bestimmten, Frohnen widerlegen jenen willkührlichen Begriff Maurenbrechers (dem auch Mittermaier Deutsch. Privatr. 6te Ausg. §. 175 a zu sehr folgt, ohne sich aber ganz consequent zu bleiben), indem solche Frohnen Deutschen Ursprungs und keineswegs den Röm. Realrechten irgend nachgebildet sind und doch für das Grundstück eine Zweckbestimmung haben. Auch bleibt Maurenbrecher noch in anderer Hinsicht seinem Begriffe nicht getreu; namentlich zählt er die als Realrechte bestellten Realkasten nicht zu den Deutschen Realrechten, während sie doch den Röm. Realrechten nicht nachgebildet sind und großentheils keine Zweckbestimmung für das herrschende Grundstück haben, wie Gülten und Zinse, die einem herrschenden Gute aus einem zinspflichtigen Gute zukommen. Wäre aber auch Maurenbrechers Unterscheidung materiell richtig: so würden doch die Bezeichnungen derselben sehr unpassend gewählt seyn. Denn welche Hindeutung auf Maurenbrechers Unterscheidung zwischen Realrecht und Realberechtigung liegt auch nur entfernt in den Ausdrücken?

V. Reallaſten, Grundlaſten.

1. Im weiteren Sinne bedeutet Reallaſt jede auf einer Sache unmittelbar ruhende, die Sache ſelbſt affieirende Laſt (onus rei oder reale), und zwar nicht blos wenn die Sache eine Liegenſchaft iſt, wie Duncker Lehre v. d. Reallaſten S. 58 meint, ſondern auch wenn ſie beweglich iſt; in dieſem Sinne ſind ſomit auch Servituten, Pfandrechte, geſetzliche Beſchränkungen des Eigenthums Reallaſten (mein Handbuch II §. 48 Note 15). Der Ausdruck Grundlaſt im weiteren Sinne bedeutet Reallaſten dieſer Art, welche auf Liegenſchaften ruhen.

2. In einem engeren und im eigentlichen Sinne bezeichnet man durch Reallaſten (und noch paſſender und ſprechender durch Grundlaſten) blos eine beſondere Claſſe der Reallaſten im weiteren Sinne, nämlich ſolche auf Liegenſchaften ruhende Laſten, welche auf poſitive, von jedem Beſitzer der Liegenſchaft abzutragende Leiſtungen gehen, und auf die gleiche Weiſe bezeichnet man auch die dieſen Laſten entſprechenden Rechte. S. mein Handb. II §. 48 Note 17 f.

VI. Sachenrechte.

1. Gewöhnlich verſteht man unter den Sachenrechten die unmittelbar gegen Sachen gehenden, alſo die dinglichen Rechte (nimmt man Recht im objectiven Sinne: ſo bedeutet dann „Das Sachenrecht" die Rechtslehre von den Sachen und von den unmittelbar gegen Sachen ſtattfindenden Rechten, von den dinglichen Rechten). Weil man aber unter Sachen im weiteren Sinne auch die Handlungen begreift: ſo beziehen

2. Viele, beſonders Aeltere, den Ausdruck Sachenrechte auch auf die perſönlichen Rechte und unterſcheiden dann dingliche Sachenrechte oder unmittelbare Sachenrechte d. h. die dinglichen Rechte (und dingliches Sachenrecht oder unmittelbares Sachenrecht im objectiven Sinne, die Lehre von den dinglichen Rechten), und perſönliche Sachenrechte d. h. die Forderungenrechte (und perſönliches Sachenrecht im objectiven Sinne, die Lehre von den perſönlichen Rechten). Dieſen Sprachgebrauch hat auch Weishaar Handb. d. W. Privatr. §. 497; dabei definirt er aber das Sachenrecht auf eine ganz unzutreffende und wunderliche Weiſe als „Umfang derjenigen Rechte, welche einer

„Person um ihrer in Beziehung auf eine Sache vorgenommenen „Handlung willen zustehen," und ist in dem Irrthume, als ob jedes dingliche Recht „gegen alle Menschen Gültigkeit" habe.

3. Sehr abweichend von dem gewöhnlichen Sprachgebrauche ist die Weise, wie Reyscher W. Privatr. §. 230 das Wort Sachenrecht gebraucht. Er entwickelt unter der Rubrik „Sachenrecht" die Lehre von den rechtlichen Verschiedenheiten der Güter (blos der unbeweglichen Sachen) und die Lehre von den Realrechten und Reallasten.

Daß hier dem Worte „Sachenrecht" ein willkührlicher Begriff unterlegt wird, leidet wohl keinen Zweifel. Das Wort Sachenrecht an sich kann allerdings, wie das Wort Realrecht, in einem doppelten Sinne genommen werden, je nachdem man es auf die Sache als Subject oder auf die Sache als Object bezieht. Bezieht man es auf die Sache als Object: so umfaßt es die Rechte, welche unmittelbar gegen Sachen gehen, die dinglichen Rechte (S. 115 Nr. 1); man kann aber den Ausdruck auch in einer subjectiven Beziehung, in Beziehung auf das Subject des Rechts nehmen und dann umfaßt er Rechte, welche an eine Sache als Rechte gebunden sind, welche somit Jedem zustehen, der das Eigenthum der Sache erwirbt (Rechte der Sachen, Realrechte im eigentlichen Sinne, oben S. 113 Nr. 2). Den letzteren Sinn aber dem Worte Sachenrecht beizulegen, dagegen ist der entschiedenste Sprachgebrauch, und es gilt in dieser Hinsicht deßhalb ganz die früher gemachte Bemerkung über Festhaltung am herrschenden Sprachgebrauche. Wie man gewöhnlich Realrecht beschränkt auf die Rechte der Sachen, also auf die subjective Beziehung, so beschränkt der Sprachgebrauch noch weit entschiedener den Ausdruck Sachenrecht auf die objective Beziehung (oben Nr. 1, vergl. auch Nr. 2), und versteht nicht darunter Rechte der Sachen. Will man aber von diesem Sprachgebrauche abweichen und Dem folgen, was das Wort an und für sich ausspricht und möglicherweise aussprechen kann: so muß man dann unter Sachenrechten verstehen die Rechte, welche entweder an Sachen als gleichsam berechtigte Subjecte gebunden sind oder welche gegen Sachen als unmittelbare Gegenstände des Rechts gehen, also unter Sachenrecht als Theil

des objectiven Rechts verstehen die Lehre von den Rechten der Sachen und von den Rechten unmittelbar gegen Sachen [1].

Aber abgesehen davon, daß man dadurch vom herrschenden Sprachgebrauche abweicht: so ist es doch ungeeignet, einen und denselben Kunstausdruck für zwei so ganz verschiedene rechtliche Beziehungen zu gebrauchen. Für das System aber ist eine solche Zusammenfassung unbrauchbar, indem ja dadurch das System nach zwei ganz verschiedenen Eintheilungsgliedern bestimmt würde.

Reyscher geht aber noch weiter; er bildet nicht einmal auf die angegebene Weise seinen Begriff von Sachenrecht — wie er sich, wenn man von den möglichen Bedeutungen ausgeht, die im Worte liegen, allein bilden ließe — sondern er begreift unter seinem Sachenrecht blos die Lehre von den Realrechten und von den Reallasten, also sämmtliche Rechte der Sachen (Realrechte), aber von den Rechten, die gegen Sachen gehen, blos eine Art, nämlich die Reallasten [2]. Eine solche Beschränkung des Begriffs vom Sachenrecht aber muß als willkührlich erscheinen. Denn hiernach würde eine Reihe der wichtigsten Rechte,

---

1) In diesem Sinne scheint Maurenbrecher das Wort Sachenrecht zu nehmen; er verliehrt sich aber dabei in Unterscheidungen und Terminologieen, die in mehr als einer Hinsicht zu mißbilligen sind und wohl auch keinen Anhänger finden werden, weßhalb ich hier nicht näher auf sie eingehen will. S. dessen Deutsch. Privatr. §. 200—205 und vergl. auch Denselben S. 413 mit S. 275.

2) Reyscher geht übrigens mit manchen Germanisten von einem noch weiteren Begriffe der Reallasten aus, indem er nicht blos Rechte an fremde Sachen hierher zählt, sondern auch Rechte in Beziehung auf die eigene Sache, z. B. die Rechte des Lehensherrn in Beziehung auf die Leistungen des Lehensbauern. Dieser weitere Begriff läßt sich aber schon mit Dem, was Reyscher selbst §. 255 von den Reallasten allgemein sagt (daß „sie passiv einer Sache „anhängen und deßhalb gegen jeden Besitzer derselben geltendgemacht werden „können"), nicht wohl vereinigen. Denn jene Rechte in Beziehung auf die eigene Sache hängen nicht der Sache passiv an, haften nicht auf der Sache unmittelbar, sind nicht Lasten der Sache und gehen keineswegs mit der Sache unbedingt auf jeden Besitzer über, sondern sind Lasten der bestimmten Personen, welche im Lehensnexus stehen (vergl. bes. Duncker Lehre von den Reallasten S. 191 f. 196 f. Mittermaier im Staatslexion B. XIII S. 49). Bei den eigentlichen Reallasten ist das Recht an der Sache unmittelbar dem Berechtigten unterworfen ohne alle Rücksicht auf eine besondere Verpflichtung einer Person und deßhalb und insofern gehören sie zu den dinglichen Rechten.

deren unmittelbarer Gegenstand Sachen sind, vom Sachenrechte ganz ausgeschlossen, wie namentlich gerade das die Totalität der Sache ergreifende Recht, das Eigenthum, sowohl das wahre Eigenthum als das Nutzungseigenthum wie Lehen u. s. w., ferner Servituten und Pfandrechte. Auch führt Das, was Reyscher für diesen eigenthümlichen Begriff von Sachenrecht sagt, nicht zu einer Rechtfertigung desselben; so namentlich, wenn er (Württemb. Privatr. I S. 391) sagt: „Der Name: „„Sachenrechte““ wird zwar von Neueren häufig (blos häufig? Vrgl. oben Nr. 1, 2) „für die Röm. jura in re gebraucht; allein „Rechte an Sachen und Rechte der Sachen ist zweierlei, und „nur in Beziehung auf Letztere ist die Construction des Worts „„Sachenrechte““, analog dem Ausdruck „„Personenrechte““ „richtig.“ Nimmt man dieses Letztere an: so würde daraus ja ein viel beschränkterer Begriff von Sachenrechten folgen, als der von Reyscher selbst aufgestellte ist; es würde daraus folgen, daß man blos die Realrechte (die Rechte der Sachen) unter Sachenrecht begreifen könne und dürfe. Wie sollen nun auch die „Sachenpflichten“ unter das Sachenrecht kommen? Wenn man aber dennoch auch die Sachenpflichten, wie Reyscher es thut, noch dazu ziehen will, wie ist es zu rechtfertigen, diese Sachenpflichten blos auf die Reallasten (im engeren Sinne) zu beschränken und z. B. die Pfandrechte und Servituten davon auszuschließen? Denn diese gehören doch, wenn man überall von Sachenpflichten sprechen will, offenbar auch zu denselben (res debet servitutem, res obligata est).

Allerdings sind, wie Reyscher a. a. O. B. I S. IV behauptet, was übrigens Niemand bestreiten wird, die Rechte der Sachen (die Realrechte in diesem Sinne) wohl zu unterscheiden von den dinglichen Rechten, von den jura in re, und gehören überhaupt zu einem völlig anderen Eintheilungsgliede; auch sind die Reallasten (im engeren und eigentlichen Sinne) von den Servituten wesentlich verschieden und von denselben zu trennen und überhaupt nicht, wie es gewöhnlich geschieht, mit den rein dinglichen Rechten zusammenzustellen, sondern in einen besonderen Abschnitt zu stellen. Nur folgt daraus noch nicht, daß unter einem willkührlich gebildeten Begriffe von Sachenrecht die Real-

rechte und Reallaſten und vollends gar blos die Letzteren [3] zuſammenzuſtellen ſind. Auch iſt nicht recht einzuſehen, was die Paralleliſirung ſoll, wenn Reyſcher a. a. O. S. V ſagt: „wie das Sachenrecht" (alſo die Lehre von den Realrechten und Reallaſten) „dem Perſonenrechte zur Seite ſtehe, ſo werden ſpäter „den dinglichen Rechten die Forderungsrechte gegenübertreten." Selbſt die Realrechte bilden nicht durchaus eine ſolche Parallele und noch viel weniger die Reallaſten. Reyſcher nennt die Letzteren dingliche Forderungenrechte. Hiernach dürfte er ſie nicht den Perſonenrechten, ſondern müßte ſie vielmehr den rein dinglichen Rechten und den reinen Forderungenrechten als Drittes, als Gemiſchtes, zur Seite ſtellen, was auch ſyſtematiſch das Richtigſte ſeyn wird.

Jener neue Begriff von Sachenrecht dürfte ſich in der That auch nicht durch ein wiſſenſchaftliches Bedürfniß rechtfertigen laſſen. Er umfaßt unter einem Kunſtnamen zwei völlig heterogene Beziehungen, nicht etwa zwei unter einem Eintheilungsprincip ſtehende Claſſen oder Arten von Rechten, ſondern eine Eigenſchaft, welche den verſchiedenſten Rechten zukommen kann (die Realität, das Gebundenſeyn an eine Sache), und dann noch eine beſondere Art von Rechten, denen jene Eigenſchaft bald zukommt, bald nicht zukommt (die Reallaſten). Wäre nun eine Zuſammenſtellung jener möglichen Eigenſchaft gewiſſer Rechte mit dieſer beſonderen Art von Rechten im Syſteme von Wichtigkeit: ſo würde doch daraus nicht folgen, daß man Beides unter einem Kunſtnamen zu begreifen, alſo ganz heterogene Beziehungen durch dieſen Kunſtnamen zuſammenzufaſſen habe. Aber auch in einer ſolchen Zuſammenſtellung iſt ein wiſſenſchaftlicher

---

3) Wenn Reyſcher §. 230 ſagt: „die Realrechte und die Reallaſten haften „ſubjectiv auf einer Sache": ſo iſt, wenn man je dieſen Ausdruck gleichmäßig bei Beiden gebrauchen könnte, doch die Beziehung deſſelben bei den Reallaſten eine weſentlich andere, als bei den Realrechten. Bei den Realrechten iſt die Sache gleichſam Subject der Berechtigung, bei den Reallaſten dagegen iſt die Sache, wie bei dem Pfandrechte, gleichſam Subject der Verpflichtung; im erſteren Falle bildet die Sache gleichſam das Subject des Rechts, im letzteren iſt ſie das Object, gegen welches das Recht unmittelbar ausgeübt wird.

oder practischer Gewinn nicht zu finden. Denn offenbar kann der Gegensatz der Realrechte nicht, wie Reyscher a. a. O. B. I S. V glaubt, dazu beitragen, die Reallasten in ihr wahres Licht zu stellen. Ueberhaupt läßt sich eine Zusammenstellung und combinirte Entwicklung derjenigen Rechte, welchen die Eigenschaft der Realität d. h. des Gebundenseyns an eine Sache zukommt oder zukommen kann, nicht einmal gehörig durchführen und sie würde zu einer Verbindung von ganz Disparatem führen.

Allerdings war es ganz richtig von Maurenbrecher, daß er in seinem Systeme (so viel ich weiß, zuerst) eine allgemeine Theorie über die Realrechte gab, da eine solche Theorie besonders bei der großen Häufigkeit, Wichtigkeit und Ausdehnung der Realrechte auf dem Gebiete des Deutschen Rechts nothwendig ist, während es den Civilisten auf ihrem Gebiete genügend schien, den Gegenstand blos bei der Lehre von den Realservituten und auch hier meist ziemlich obenhin zu erörtern. Allein diese allgemeine Theorie gehört in den allgemeinen Theil des Systems, und es ist verfehlt, im besonderen Theile des Systems den Realrechten einen besonderen Abschnitt für sich anzuweisen und in diesem die allgemeine Theorie und die Grundsätze über die einzelnen Realrechte zu geben. Abgesehen davon, daß dadurch das System selbst auf ganz verschiedene Eintheilungsprincipien gebaut wird[4]: so sind die Rechte, welche als Realrechte vorkommen können und vorkommen, großentheils gar nicht ihrer Natur nach nothwendig Realrechte, sondern können auch als andere, als nicht an eine Sache geknüpfte Rechte, bestellt werden. Ferner sind die einzelnen Realrechte ihrer juristischen Grundnatur nach unter sich ganz verschieden (Servituten, Gewerberechte, Reallasten, Patrimonialgerichtsbarkeit, befreite Gerichtsbarkeit ꝛc.) und der Umstand blos, daß sie als an eine Sache geknüpfte Rechte vorkommen oder vorkommen können und dann als Solche unter gewissen gemeinsamen Grundsätzen stehen, ist noch kein hinreichender Grund, sie in ei-

---

4) Wie kann man wohl ein System rechtfertigen, welches so eintheilt: 1. Personenrechte; 2. Realrechte; 3. dingliche Rechte; 4. persönliche Rechte? Die Realrechte können ja, von Anderem abgesehen, auch dingliche Rechte seyn und manche Personenrechte kommen auch als Realrechte vor.

nem besonderen Abschnitte zusammen zu entwickeln, indem jene Realität nicht das Wesen dieser einzelnen Rechte bestimmt, sondern nur auf die Bezeichnung und Bestimmung des Subjects, dem das Recht zukommen soll, Bezug hat. Uebrigens behandeln auch Maurenbrecher und Reyscher doch nicht alle Realrechte in ihrem den Realrechten gewidmeten Kapitel, indem sie sonst einzelne Rechte gar zu sehr aus ihrem wahren Zusammenhange hätten reißen müssen.

Was die Frage betrifft, welche Stellung den Reallasten (im engeren und eigentlichen Sinne) im Systeme zu geben sey: so ist hiefür die gemischte Natur derselben maaßgebend. Das ihnen entsprechende Recht ist ein dingliches Recht; es geht unmittelbar gegen das belastete Grundstück, auf welchem die Verpflichtung zu den betreffenden Leistungen im Ganzen als unmittelbare bleibende Last, ohne Rücksicht auf die Aenderungen in der Person der Besitzer, ruht. Allein es ist ein anomales dingliches Recht, ein gemischtes Recht, weil es auf einzelne positive Leistungen geht (was bei dem reinen dinglichen Rechte nicht der Fall ist) und weil die verfallene einzelne Leistung nicht mehr eine dingliche Last des Guts, sondern blos eine persönliche Schuld des Besitzers, zu dessen Besitzzeit sie verfiel, bildet (s. die folg. Erörterung), somit das Recht in der einzelnen Leistung in ein persönliches übergeht. Es ist deßhalb nicht richtig, wenn man ihre Stellung im Systeme blos nach der einen oder blos nach der anderen jener Beziehungen bestimmt, also sie, wie es z. B. Mittermaier that, zu den persönlichen Rechten, oder wie es die Meisten thun, zu den dinglichen Rechten stellt. Sie bilden vielmehr einen Gegensatz zu den rein dinglichen und zu den rein persönlichen Rechten, und sind daher im Systeme von ihnen zu trennen und als ein drittes gemischtes Recht nach ihnen in einem besonderen Abschnitte zu entwickeln.

VII. Rechte an, auf, zu Sachen.

Diese Ausdrücke werden in sehr verschiedenen Beziehungen genommen.

1. Recht auf einer Sache, auf der Sache oder den Sachen (also Sachen nicht im Accusativ genommen) bedeutet unstreitig blos ein dingliches Recht; denn es wird durch jene Aus-

drücke ganz bestimmt bezeichnet, daß das Recht unmittelbar gegen die Sache selbst gehe, auf der Sache als Last hafte. Es nehmen daher die Württ. Gesetze jene Ausdrücke in diesem Sinne, z. B. Pfandentwickl. Ges. von 1828 Art. 70, Execut. Ges. Art. 29, Pfandges. von 1825 Art. 258. Nicht immer gehörig von diesem Falle unterschieden wird von unsren Schriftstellern

2. der Fall des Rechts auf eine Sache, auf die Sache oder auf die Sachen. Diese Ausdrücke nehmen Viele (ganz wie den Ausdruck Recht auf einer oder der Sache) ebenfalls blos für die Bezeichnung dinglicher Rechte; namentlich thun dieß manche Württ. Schriftsteller z. B. Weishaar Handb. §. 497 Reyscher W. Privatr. II S. 85 Mayer Comment. z. Pfandges. II S. 349; ebenso auch z. B. das Preuss. Landrecht (Bornemann Darstell. d. Preuss. Civilr. I §. 41). Allein jene Ausdrücke können an sich auch persönliche Rechte bedeuten. Denn wer z. B. ein blos persönliches Recht auf Ueberlassung einer Sache, etwa aus einem Kaufe Tausche u. drgl. hat, der hat eben dadurch ein Recht auf die Sache oder auf eine Sache (jus ad rem praestandam); nur geht sein Recht nicht unmittelbar auf die Sache, sondern blos mittelbar. Deßhalb nehmen Manche die Ausdrücke Recht auf eine oder auf die Sache ganz in dem Sinne, welchen der Sprachgebrauch dem Ausdrucke jus ad rem beilegt, nämlich blos für persönliches Recht (z. B. Schweppe Röm. Privatr. I §. 57 S. 128), und Maurenbrecher (Deutsch. Privatr. 2te Ausg. §. 202 Note 1) glaubt sogar, daß dieß der gemeine Sprachgebrauch sey. Allein Letzteres ist nicht der Fall, wie schon aus dem vorhin Angeführten hervorgeht. Man wird vielmehr im Zweifel sogar den Ausdruck Recht auf Sachen, wenn er in einem Gesetze gebraucht wird, für dingliches Recht zu nehmen haben, weil man doch in der Regel dabei zunächst an den unmittelbaren Gegenstand des Rechts denken wird. Allein besser ist es, den Ausdruck eben wegen seiner Zweideutigkeit ganz zu vermeiden.

3. Recht unmittelbar auf Sachen. Dieser Ausdruck bezeichnet unzweideutig das dingliche Recht, mag von einem Rechte unmittelbar auf einer Sache oder unmittelbar auf eine Sache die Rede seyn. Vrgl. auch mein Handb. II §. 47.

4. Recht an Sachen bedeutet ebenso die dinglichen Rechte. Dieß ist auch meines Wissens herrschender Sprachgebrauch. Nur wollen Manche den Ausdruck blos auf dingliche Rechte an fremden Sachen z. B. Servituten, Pfandrechte, Lehen beschränken wie Maurenbrecher Deutsch. Privatr. §. 202—204, der aber dann wieder die Reallasten ausnimmt, welche er nicht Rechte an Sachen, sondern Rechte wegen Sachen nennt. Dagegen will Reyscher (W. Privatr. B. I S. IV B. II S. 85) den Ausdruck Rechte an Sachen gerade auf die Reallasten und zwar allein auf sie beziehen. Allein diese Beschränkung, wie jene ist willkührlich und nicht motivirt. Auch gebraucht Reyscher selbst an anderen Stellen (z. B. §. 93 Note 2) den Ausdruck für dingliche Rechte überhaupt.

5. Recht zur Sache, zu einer Sache. Manche bezeichnen durch diesen Ausdruck die persönlichen Rechte überhaupt, z. B. Weishaar Handb. §. 497 Curtius Sächs. Civilr. II §. 396; Andere, z. B. auch das Preuss. Landrecht, verstehen darunter blos gewisse persönliche Rechte, d. h. diejenigen persönlichen Rechte, welche auf Ueberlassung einer Sache, sey es zum Behalten oder zum Gebrauchen, gehen (jus ad rem praestandam; vrgl. oben S. 90 Note 1). Zu empfehlen ist der Ausdruck wohl nicht.

VIII. Gerechtigkeit, Gerechtsame.

Der Ausdruck Gerechtigkeit hat nicht blos eine Beziehung auf die Gesinnung und das Verhalten, sondern auch auf das subjective Recht. In dieser Beziehung bedeutet er eigentlich, wie auch Gerechtsame, jedes Recht im subjectiven Sinne. Allein in dieser weiteren Bedeutung wird der Ausdruck selten gebraucht; vielmehr beschränkt ihn der Sprachgebrauch blos auf gewisse Rechte. Die Grenzen aber, in welchen er hier von dem Worte Gebrauch macht, die Rechte, bei welchen er das Wort anwendet, sind nicht fest bestimmt. Schilling (Institut. I §. 1) glaubt, man pflege das Wort gewöhnlich nur in der Zusammensetzung mit Dem zu gebrauchen, was den Gegenstand des Rechts ausmacht, wie Pfandgerechtigkeit, Wegegerechtigkeit. Allerdings wird der Ausdruck selten ohne Beisatz gebraucht, eben weil er ohne Beisatz es unbestimmt läßt, welches Recht er bedeuten soll; aber auch mit Beisätzen wird er gewöhnlich nicht für alle und jede Rechte ge-

braucht. Der Sprachgebrauch scheint von ihm gewöhnlich nur Anwendung zu machen bei Rechten, die den Charakter des Bleibenden und Dauernden haben, namentlich bei dinglichen Rechten an fremden Sachen, wie Servituten (z. B. Waidegerechtigkeit, Wegegerechtigkeit) und bei Reallasten, ferner bei Rechten, welchen die Eigenschaft der Realität in subjectiver Beziehung zukommt, welche gleichsam an eine Sache geknüpft sind (Realrechten), seltener, wenn man etwa die Losungsgerechtigkeiten ausnimmt, bei anderen Rechten.

Blos auf Servituten will den Ausdruck beschränken Reyscher W. Privatr. §. 295, indem er für das aus dem Servitutenverhältnisse entspringende Recht die Ausdrücke Servitut und Dienstbarkeit nicht geeignet hält und glaubt, daß wir für jenes Recht „in unserer Sprache eine gemeinübliche Bezeichnung" eben in dem Worte Gerechtigkeit haben. Allein gerade der Sprachgebrauch ist bei uns gar nicht auf diese Weise fixirt; denn man spricht auch von Wirthschaftsgerechtigkeit, Marktgerechtigkeit, Zwangsgerechtigkeit (für die Bannrechte) u. s. w. Auch beschränkt gerade der Sprachgebrauch der Württembergischen Gesetze den Ausdruck Gerechtigkeit keineswegs auf die Servituten, wie schon das Landrecht II, 16 §. 8, 9 beweist, indem es hier die Losungsrechte durch Gerechtigkeiten bezeichnet.

Für die Servituten *als Rechte* gebrauchen die *Württembergischen* Gesetze gewöhnlich den Ausdruck *Dienstbarkeiten*; so namentlich das Landrecht (z. B. eine Dienstbarkeit haben, eine Dienstbarkeit gebührt mir, L.R. II, 34 §. 1, 3, 4); *Gerechtigkeit, Gerechtsame* dagegen nimmt das Württ. Landrecht, wie es scheint, für Recht überhaupt (L.R. II, 34 §. 5 I, 59 §. 3. II, 16, §. 8). Eine Stelle des Landrechts aber gab späteren Gesetzen Veranlassung, den Ausdruck Gerechtigkeiten und Gerechtsame auf *gewisse* Rechte zu beschränken und ihn absolut ohne näheren Beisatz zu gebrauchen, aber freilich ohne genau zu bestimmen, auf welche Rechte er beschränkt seyn soll. Das Landrecht I, 59 §. 3 bestimmt nämlich, daß es in Beziehung auf Appellabilität auf einen bestimmten Werth des Streitgegenstandes nicht ankommen soll bei Sachen, „welche Ehr und Geführ, Ehehafftinen, Dienstbarkeiten, Grund- Boden- Lehen- Vrbar- oder sonsten

„ohnablösige Zinß, item Losungen, vnd dergleichen Gerecht-
„samin berühren" (vrgl. auch Hofger.O. von 1654 II, 2 §. 7).
Hier versteht es offenbar unter „dergleichen Gerechtsamin" solche
Rechte überhaupt, welche den unmittelbar vorher genannten ähnlich
sind. Spätere Gesetze behielten diese Bestimmung bei, ließen aber,
wohl aus Ungenauigkeit, bei „Gerechtsamen" das „dergleichen"
aus und gaben dadurch scheinbar dem Worte „Gerechtsame"
oder „Gerechtigkeiten" einen ganz selbstständigen Sinn; ja sie
setzen sogar statt Gerechtsame wunderlicher Weise blos „Rechte,"
ohne den Beisatz „dergleichen," so daß sie den ganz allgemei-
nen Ausdruck „Rechte" blos für eine besondere Classe von Rech-
ten gebrauchen, ohne aber diese Classe näher anzugeben, und über-
haupt die Sache auf eine merkwürdige Art bezeichnen. So be-
stimmt das Organisationsmanifest vom 18. Merz 1806 §. 47, es
solle an das O.Just.Collegium ohne Rücksicht auf den Werth des
Streitgegenstandes appellirt werden können in Sachen, welche
„Ehre, Gerechtsame, Gülten und Rechte überhaupt (!),
„ingleichen das ganze Vermögen einer Parthie betreffen," und
diese Bestimmung will die Instruction für das O.Just.Collegium
vom 4. Mai 1806 §. 29 wiederhohlen und thut es mit folgenden
Worten: „Sachen, welche das ganze Vermögen einer Parthie
„ausmachen, oder Ehre, Dienstbarkeiten, ewige Zinse, Gülten und
„Gerechtsame betreffen." Offenbar aber wollten hier die Ge-
setze, wie das Landrecht, unter „Gerechtsame" und unter „Rechte
überhaupt" nichts Anderes verstehen, als solche Rechte, welche
den anderen speciell angeführten Rechten ähnlich sind. Noch weiter
in Beziehung auf die Bezeichnung gingen theils andere Gesetze,
theils Stellen der angeführten Gesetze; sie lassen die specielle
Aufzählung einzelner Arten von Rechten ganz weg und ersetzen
sie lediglich mit dem Ausdrucke „Gerechtigkeiten" oder „Gerecht-
same" oder gar „Rechte"! Das angef. Org.Manifest von 1806
§. 39 sagt z. B., es solle an das Obertribunal ohne Rücksicht
auf den Werth des Gegenstandes appellirt werden können bei
Sachen, „welche die Ehre, Gerechtsame oder das ganze Ver-
„mögen einer Parthie betreffen," und auf diese Bestimmung
wird dann in der Instruction für das O.Tribunal vom 8. Mai
1806 §. 25 mit den Worten Bezug genommen, daß bei allen

an das O.Tribunal zu bringenden Appellationssachen jene im §. 39 des Org. Manifests festgesetzte Bestimmung vorhanden seyn, „mithin der Gegenstand des Rechtsstreits entweder zwei„hundert Gulden betragen, oder Rechte (!) und (oder?) das „ganze Vermögen einer Parthei betreffen" müsse. Hier wird also der ganz allgemeine Ausdruck „Rechte" gleichbedeutend mit dem im §. 39 gebrauchten Ausdrucke „Ehre, Gerechtsame" genommen; was aber die nähere Bestimmung dieses ganz allgemeinen Ausdrucks seyn soll, deutet das Gesetz selbst nicht im Geringsten an! Auf die gleiche Weise macht es dann ein Gesetz vom 26 Aug. 1811 (mein Handb. B. I S. 864), welches die Bestimmung über Appellabilität in Beziehung auf das O.Just.Collegium mit folgenden Worten wiederhohlt: „wenn „das Object das ganze Vermögen einer Parthie oder Gerech„tigkeiten betrifft."

Augenscheinlich wird in diesen verschiedenen Gesetzen unter den absolut gebrauchten Ausdrücken „Gerechtsame, Gerechtigkei„ten, Rechte überhaupt" eine besondere Classe von Rechten und offenbar nichts Anderes verstanden, als die Rechte, welche in der Grundlage aller dieser Bestimmungen, in der angef. Stelle des Landrechts und der Hofgerichtsordnung besonders benannt und bezeichnet oder jenen bezeichneten Rechten ähnlich sind, also „welche Ehr vnd Gefähr, Ehehafftinen, Dienstbarkeiten, Grund„Boden= Vrbar= Lehen= oder sonsten ohnablösige Zinß, item Lo„sungen, vnd dergleichen Gerechtsamin berühren."

Keiner Bemerkung aber wird es bedürfen, daß es einer Gesetzgebung nicht gut ansteht, wichtige Bestimmungen in so vager Weise durch den bloßen Gebrauch eines vieldeutigen Ausdrucks (Gerechtigkeiten, Gerechtsame und vollends gar Rechte überhaupt) zu geben. Leider aber haben wir in fester Terminologie und in der Schätzung ihrer Wichtigkeit von den Römern und auch von manchen Völkern unsrer Zeit noch sehr zu lernen.

Sechste Erörterung.

Zur Lehre von den Reallasten.

Die Natur des Rechts auf verfallene Leistungen bei Reallasten (nach Württemb. Rechte).

Bei den Reallasten oder Grundlasten d. h. dem Rechte auf bestimmte positive Leistungen, welches unmittelbar gegen ein Gut geht, so daß von jedem Besitzer des Gutes als Solchen die Leistung gefordert werden kann, ist für ihre Natur überhaupt und in praktischer Beziehung die Frage von ganz besonderer Wichtigkeit, ob auch die verfallene Leistung als dingliche Last, als Last des Gutes zu behandeln ist oder ob dieselbe blos eine persönliche Schuld desjenigen Besitzers des Gutes ist, zu dessen Besitzzeit sie verfiel[1]. Nimmt man das Erstere an: so würde daraus folgen, daß man, wenn der Besitzer das Gut veräußert, selbst diejenigen Leistungen, welche noch während seiner Besitzzeit verfielen, vom späteren, dem nunmehrigen Besitzer fordern könne (weil gleichsam die Sache sie schuldete) und daß, wenn der Besitzer des Gutes in Gant kommt, der zur Reallast Berechtigte wegen der Rückstände aus der Reallast sich geradezu an das Gut selbst, weil dieses für die Last hafte, halten, somit ein Absonderungsrecht wegen der Last in Anspruch nehmen und jedenfalls vor allen Gläubigern aus

1) Was hier über die Natur der privatrechtlichen Reallasten ausgeführt wird, gilt auch durchaus von Staats- und Gemeinde-Abgaben, die auf einem Gute haften. Nur ist bei diesen in Betreff des Vorzugsrechts, das sie nach dem Württemb. Rechte im Gante genießen, die Summe der bevorzugten Rückstände etwas anders bestimmt, als bei den privatrechtlichen Reallasten. Württ. Prioritätsges. Art. 4 Nr. 2.

dem Erlöſe des Gutes ſeine Befriedigung wegen der rückſtändigen Leiſtungen, die ihm das Gut ſchuldet, verlangen könne. Nimmt man dagegen das Letztere an, daß nämlich die verfallene Leiſtung nicht eine dingliche Laſt, ſondern blos eine perſönliche Schuld desjenigen Beſitzers des Gutes bilde, zu deſſen Beſitzzeit ſie verfiel: ſo würde daraus folgen, daß blos die Laſt als Solche und im Ganzen, die Verpflichtung zu den betreffenden Leiſtungen an ſich und überhaupt, eine dingliche auf dem Gute ſelbſt ruhende Laſt iſt, daß aber das Rechtsverhältniß, ſobald eine einzelne Leiſtung verfällt, in Beziehung auf dieſe verfallene Leiſtung in ein reines Forderungenrecht übergeht d. h. blos Derjenige, zu deſſen Beſitzzeit die Leiſtung verfiel, zu Bezahlung des Verfallenen perſönlich verpflichtet iſt. Hiernach könnte dann die Leiſtung blos von ihm als perſönliche Schuld (nicht auch von ſeinen Singularnachfolgern im Gute) gefordert werden und der Gläubiger hätte wegen der verfallenen Leiſtung beim Gante des Beſitzers kein Abſonderungsrecht [2].

Daß die älteren Württembergiſchen Geſetze die Natur der Reallaſten auf die letztere Weiſe auffaßten, alſo die Verpflichtung für die verfallene Leiſtung nicht als dingliche, auf dem Gute haftende, ſondern blos als perſönliche Schuld des Beſitzers, zu deſſen Beſitzzeit ſie verfiel, behandelten, dieß glaube ich in meinem Handbuche B. I S. 622 f. nachgewieſen zu haben [3], und auch die

---

2) Zwar das Recht auf die Reallaſt an ſich bleibt bei jeder Veräußerung, alſo auch bei einer Veräußerung im Gante, gegen das Gut beſtehen; die Laſt an ſich haftet am Gute fort, eben weil ſie eine Reallaſt iſt, und deßhalb kann der Berechtigte auch gegen ſpätere Erwerber des Gutes ſein Recht auf die (während ihrer Beſitzzeit verfallenden) Leiſtungen geltend machen. Nur für die einzelnen früher verfallenen Leiſtungen ſind ſie ihm nicht verpflichtet.

3) Auch ſchon altwürttembergiſche vorlandrechtliche Statute, wie z. B. die Stadtrechte von Urach und Tübingen und eine große Zahl anderer, ſtimmen hiermit überein, indem ſie „die verfallenen Zinß und Gülten“ zur fahrenden Habe zählen und blos die noch unverfallenen zur Liegenſchaft, alſo die Erſteren in ganz gleiche Kategorie mit den eigentlichen Forderungenrechten ſetzen. S. die Anführungen in meinem Handbuche B. I S. 203. Das Gleiche beſtimmt das alte Eßlinger Recht; ſ. mein Handbuch B. I S. 761.

ältere Württ. Praxis und beinahe ohne Ausnahme die älteren Württ. Schriftsteller faßten die Sache auf diese Weise auf, wie dieß auch in Beziehung auf das gemeine Recht die Mehrzahl unsrer gemeinrechtlichen Schriftsteller thut (mein Handbuch a. a. O.).

Aber auch von der neuesten Württembergischen Gesetzgebung (der Pfand- und Prioritätsgesetzgebung von 1825 und 1828) läßt es sich, wie mir scheint, nicht bezweifeln, daß sie ganz von den gleichen Grundsätzen ausgeht.

Daß diese Gesetzgebung eine dingliche Natur der verfallenen Leistungen nicht annimmt, sondern dieselben blos als eine persönliche Schuld des Besitzers, zu dessen Besitzzeit sie verfielen, behandelt und einen späteren Besitzer für Leistungen, die vor seiner Besitzzeit verfielen, keineswegs verbindlich machen will, ergibt sich aus Folgendem:

1. Wenn das Recht auf die verfallene Leistung wahrhaft dinglicher Natur wäre: so müßte der Berechtigte wegen ihr beim Gante des Besitzers der pflichtigen Sache ein Absonderungsrecht an der Sache haben (mein Handbuch B. I S. 621). Nirgends aber räumen die Württ. Gesetze ihm ein solches Recht ein und die neue Gesetzgebung spricht es ihm sogar geradezu dadurch ab, daß er unter den Absonderungsberechtigten nirgends aufgeführt wird, in dem Art. 74 des Pfandentwickl.Ges. von 1828 aber festgesetzt ist, daß andere Absonderungsrechte, als die in jenem Gesetze ausdrücklich bezeichneten und anerkannten, nicht weiter bestehen sollen. Dadurch ist jenem Rechte auf verfallene Leistungen geradezu die dingliche Natur abgesprochen. Dazu kommt noch

2. daß das Prioritätsgesetz von 1825 Art. 4 Nr. 4 dem Berechtigten gegen Denjenigen, der ihm die Leistungen schuldig blieb, ein Vorzugsrecht im Gante des Letzteren einräumt, aber nur für einen Theil der verfallenen Leistungen, nämlich außer den laufenden für die aus den zwei nächstvorangegangenen Jahren rückständigen. Zur Bedingung dieses Vorzugsrechts aber macht es nicht, daß die Sache noch in der Masse des Schuldners seyn müsse, und erklärt überhaupt dieses Vorzugsrecht nicht für ein blos in Beziehung auf die belastete Sache, also so stattfindendes, daß der Berechtigte aus der belasteten

Sache vorzugsweise Befriedigung ansprechen könnte, sondern es räumt

3. dieses Vorzugsrecht am ganzen Vermögen des Schuldners ein ohne Rücksicht auf einen etwa vorhandenen Erlös aus der pflichtigen Sache. Nun kann allerdings mit einem dinglichen Rechte an einer einzelnen Sache auch noch ein persönliches Vorzugsrecht am ganzen Vermögen eines Schuldners verbunden seyn; unmöglich aber kann ein Recht ein dingliches an eine bestimmte Sache gehendes seyn, welches sich blos als Vorzugsrecht am ganzen Vermögen des Schuldners äußert und gar nicht gegen die Sache selbst unmittelbar geltend gemacht werden kann. Dadurch somit, daß das Württ. Prioritätsgesetz wegen der rückständigen Reallasten blos ein Vorzugsrecht am Vermögen des Schuldners ertheilt, selbst ohne dasselbe irgend auf den Fall zu beschränken, daß die Sache noch in der Masse des Schuldners sich befindet, und ein Absonderungsrecht an der Sache selbst und eine Befriedigung unmittelbar aus der Sache vor anderen Gläubigern versagt, erklärt es offenbar die rückständige Reallast für eine blos persönliche, aber theilweise privilegirte Forderung an den, zu dessen Besitzzeit die Last verfallen ist. Dieß wird

4. noch dadurch bestätigt, daß das Prior.Gesetz das gleiche Recht auch wegen der persönlichen aus einem Gutsverbande entspringenden Leistungen gibt, für welche doch ein späterer Erwerber des Gutes, wenn sie vor seiner Erwerbzeit verfielen, als Solcher nicht haftet. —

Indessen sind über die ausgeführte Frage die Ansichten der neueren Württ. Juristen keineswegs einig.

So viel ich weiß, äußern sich über die Frage in Beziehung auf die neuere Württ. Gesetzgebung bestimmt blos Seeger, v. Bolley und Reyscher.

Seeger (Erläut. d. Pfandges. II S. 206) bejaht die Frage mit Recht, ohne aber auf eine ausführlichere Begründung sich einzulassen. v. Bolley dagegen (Bemerkk. z. Pfandges. I S. 77, III S. 1266, 1300) beantwortet die Frage mit einer Unterscheidung. Er glaubt, nach Art. 4 des Prior.Gesetzes, welcher dem Reallastberechtigten wegen der aus den zwei vorange-

gangenen Jahren rückständigen Renten ein Vorzugsrecht in der I. Classe im Gante einräumt, sey das Recht in Beziehung auf die eben angeführten zwei Jahresrenten ein dingliches, somit gegen den späteren Besitzer der Sache verfolgbares, so daß auch der spätere Besitzer wegen der Renten, welche bei seinem Vorgänger in den letzten zwei Jahren verfielen, hafte und wegen derselben vom Berechtigten zu belangen sey; dagegen sey das Recht auf die aus noch früheren Jahren rückständigen Renten ein blos persönliches und gehe nur gegen Denjenigen, unter dessen Besitzzeit die Rente verfiel; Dieser schulde sie als rein persönliche Schuld. — Noch weiter geht Reyscher Württ. Privatr. §. 255 Note 6—8 Note 13, §. 245 Nr. 5 §. 521 Er behauptet an den beiden ersten Stellen, daß für alle rückständige Leistungen, welche früheren Besitzern obgelegen waren, der neue Besitzer des pflichtigen Gutes hafte, daß also auch die rückständige Leistung eine Last des pflichtigen Grundstücks selbst sey und bleibe, und in der letzteren Stelle (§. 521) legt er beim Gante dem Gefällberechtigten ein Absonderungsrecht wegen der rückständigen Leistungen bei.

Prüfen wir zunächst diese letztere Ansicht: so sagt Reyscher im §. 255, was das Haften des späteren Besitzers für die aus der Besitzzeit des früheren Besitzers rückständigen Leistungen betrifft, man müsse ein solches Haften annehmen, „sey es, daß „man von der Grundansicht des älteren Rechts (?) ausgeht, „wonach die einzelne fällige Leistung als Zubehörde des Haupt„rechts (der Reallast) erscheint, also dessen dingliche Natur mit „annimmt, oder daß man dem Berechtigten zur Sicherheit seiner „Forderung (also als Zubehörde derselben) ein stillschweigen„des Pfandrecht an der belasteten Sache einräumt.“ Allein daß der letztere Grund mit den Württ. Gesetzen, welche stillschweigende Pfandrechte nicht mehr kennen, sich nicht vereinigen lasse, gibt Reyscher sogleich selbst zu, und daß der erstere Grund eben so wenig mit dem Inhalte der neueren Württ. Gesetze zutreffe, gibt er in der That nachher auch zu, indem er, um die Möglichkeit der Verfolgung einer verfallenen Leistung gegen den späteren Besitzer zu bewerkstelligen, eine besondere Verwahrung in dem Unterpfandsbuche für nöthig hält

(a. a. O. §. 255 Note 13). Damit ist aber in der That zugestanden, daß die Reallast für sich, selbst die in das öffentliche Güterbuch eingetragene, jene Wirksamkeit nicht hat. Was aber eine Verwahrung in Betreff der einzelnen verfallenen Leistungen im Pfandbuche betrifft: so wies schon Bolley (Sarwey's Monatsschr. B. II Beil.Heft S. 53) gegen Reyscher nach, daß eine solche Verwahrung gar keine Bedeutung haben könnte, außer es würde in Beziehung auf die einzelne verfallene Leistung ausdrücklich ein Pfandrecht bestellt, wo dann aber die Verfolgbarkeit des Rechts gegen den dritten Besitzer des pflichtigen Gutes sich nicht mehr auf die Natur der Reallast als einer dinglichen, sondern lediglich auf das besonders bestellte Pfandrecht stützen würde.

Ohne aber Bolley's Gegengründe zu berühren, wiederholt Reyscher später a. a. O. §. 521 seine Ansicht über die dingliche Natur des Rechts auf die rückständigen Leistungen in besonderer Beziehung auf die Frage über ein Absonderungsrecht des Gefällberechtigten im Gante, und sucht dieselbe ausführlich zu begründen. Allein gegen die Begründung, die er an jener Stelle gibt[4], ist Folgendes zu bemerken:

---

4) Reyscher sagt an jener Stelle: „Soll der Gefällherr gesichert seyn „(und daß er Anspruch auf Sicherheit hat, erkennt auch das Prioritätsgesetz „an, indem es ihm ohne Rücksicht auf die Person einen Vorzug einräumt), „so bleibt nichts übrig, als auf die Dinglichkeit der Forderung zurückzugehen, „welche der Reallast zu Grunde liegt, wonach es einer accessorischen Sicher„stellung durch Pfandrechte gar nicht bedarf, da die Forderung gegen das „Gut selbst gerichtet ist, die Forderung aber eben besteht in der Summe „der einzelnen Leistungen. Diesem steht auch nicht im Wege das Prioritäts„gesetz, obgleich es das Vorzugsrecht erster Classe beschränkt auf periodische „Leistungen und auch hier nur bei den Rückständen der nächstvorhergehenden „Jahre dasselbe einräumt. Dieses Vorzugsrecht ist nähmlich nur ein per„sönliches Privilegium und hebt das dingliche Befriedigungsrecht, soweit es „durch jenes Vorzugsrecht nicht überflüssig wird, nicht auf. Allerdings kann „ein solches separates Befriedigungsrecht nach den neuern Gesetzen, wie ein „anderes dingliches Recht, nur gesichert werden durch Eintrag in die öffent„lichen Bücher, und der Eintrag der Reallast als solcher sichert den Gefäll„herren nicht unbeschränkt für die rückständigen Leistungen, sondern nur für „das laufende Gefäll und die Rückstände zweier Jahre. Will daher derselbe „auch noch für weitere Forderungen gesichert seyn, so muß er sie besonders „verwahren, d. h. einzeln im Unterpfandsbuche bemerken lassen, widri-

a. Daß der Gefällherr Anspruch auf Sicherheit habe, erkennt das Württ. Prioritätsgesetz allerdings an; aber es erkennt dieß nur in einer sehr bestimmten Grenze an. Es bestimmt ja ausdrücklich die Ausdehnung und eben damit auch die Grenzen dieses Anspruchs näher und will ihm keineswegs durchaus für seine Forderung auf alle rückständigen Leistungen Sicherheit geben. Die Voraussetzung und Bedingung daher, von welcher Reyscher ausgeht („soll der Gefällherr gesichert seyn" s. Note 4), ist in der Württ. Gesetzgebung keineswegs als eine allgemeine, wie sie Reyscher stellt, irgend anerkannt.

b. Wenn Reyscher bemerkt, daß das betreffende im Prioritätsgesetze eingeräumte Vorzugsrecht nur ein persönliches Privilegium sey und dadurch das dingliche Befriedigungsrecht, soweit es durch jenes Vorzugsrecht nicht überflüssig werde, nicht aufgehoben werde: so ist dagegen zu beachten, daß ja ein dingliches Befriedigungsrecht für die verfallenen Leistungen in der Württ. Gesetzgebung nirgends anerkannt ist (s. oben Nr. 1) und von einem solchen subsidiären Absonderungsrechte, wie es Reyscher will, unsre Gesetze in der That nichts wissen. Ein dingliches Befriedigungsrecht wäre ein Recht, unmittelbar aus der pflichtigen Sache selbst sich zu befriedigen. Eben darin aber, daß der Gefällherr wegen der rückständigen Leistungen unter den Absonderungsberechtigten nicht aufgeführt ist, wodurch nach Art. 74 des Pfandentwicklungs-Gesetzes ihm ein Absonderungsrecht durchaus abgesprochen wird, und darin, daß ihm blos ein persönliches Vorzugsrecht, nicht an der pflichtigen Sache, sondern an der ganzen Masse des Schuldners eingeräumt wird und zwar blos wegen der rückständigen Leistungen zweier Jahre, liegt entschieden, daß das Gesetz für ihn ein dingliches Befriedigungsrecht gar nicht anerkennt. Wenn z. B. der Eigenthümer eines zinspflichtigen Gutes, welcher seit vier Jahren mit dem Zinse im Rückstande ist, in Gant kommt und der Zinsherr für die Zinsen der letzten zwei Jahre in der In Classe befriedigt wird, mit den übrigen aber in der Vn Classe durchfällt, soll er nun

„genfalls weder die Pfandgläubiger noch die sonst bevorrechteten Gläubiger „dadurch in ihrer Befriedigung leiden können."

von Demjenigen, der aus der Masse das Zinsgut kauft, die Rückstände von den früheren Jahren fordern können, soll sich so die Last unter verschiedene Besitzer theilen? Und würde nicht dadurch das Vorzugsrecht, welches das Gesetz blos auf die Leistungen zweier Jahre beschränkt, gegenüber von den anderen Gantgläubigern gegen das Gesetz indirect durchaus auch auf die übrigen aus noch früherer Zeit rückständigen Leistungen ausgedehnt? Denn natürlich würde wegen der auf den Käufer übergehenden Verpflichtung, die übrigen Rückstände zu zahlen, der Kaufpreis um den Betrag dieser Leistungen geringer seyn, der Ausfall also doch auf die sämmtlichen übrigen Gantgläubiger gewälzt. Geist und Worte unsrer Gesetze sind doch aufs Entschiedenste gegen eine solche Möglichkeit. Oder soll der Gefällherr — da nach Reyscher sein Absonderungsrecht ein subsidiäres seyn soll — soll er für die letzten zwei Jahre ein Vorzugsrecht, für die früheren Jahre aber ein Absonderungsrecht haben, wodurch er für die früheren Jahre eigentlich noch mehr Sicherheit bekommt, als ihm das Prioritätsgesetz blos für die letzten zwei Jahre einräumen will? Kann man auch nur entfernt in unsrer Gesetzgebung einen solchen Gedanken finden?

c. Wenn lediglich auf die „Dinglichkeit der Forderung" des Gefällherrn zurückzugehen wäre, „wonach es einer accessorischen Sicherstellung durch Pfandrechte gar nicht bedarf" (oben Note 4): so widerspricht Diesem, wie schon oben angedeutet wurde, daß Reyscher selbst doch noch einen Eintrag in das Pfandbuch für nöthig hält, um jene Wirksamkeit der Forderung zu sichern. Also ist es keineswegs die dingliche Natur des Rechts an sich, welche hier Geltung und die von Reyscher behauptete Wirkung hätte; es müßte noch ein Drittes, der Eintrag in das Pfandbuch hinzu kommen, um ihm diese Wirkung erst zu geben. Allein diese von Reyscher für nöthig gehaltene Sicherung durch Eintrag in das Pfandbuch ist nicht eine Sicherung, wie sie überhaupt auch bei anderen dinglichen Rechten nothwendig ist; denn bei diesen genügt für die Fälle, in welchen sie gefährdet werden könnten, der Eintrag in das Güterbuch [4a], soweit überhaupt ein sol-

4a) Die Unterpfänder müssen natürlich in das Pfandbuch eingetragen

cher Eintrag zu ihrer Sicherung nöthig ist. Reyscher gibt aber selbst zu, daß „der Eintrag der Reallast (in die öffentlichen Bü„cher) als Solcher den Gefällherrn nicht unbeschränkt für die „rückständigen Leistungen, sondern nur für das laufende Gefäll „und den Rückstand zweier Jahre sichert." Dadurch gerade, von Anderen abgesehen, widerlegt Reyscher doch eigentlich sich selbst. Denn würde man lediglich auf die angebliche Dinglichkeit der Forderung des Gefällherrn zurückgehen können, würde man das Recht auf die rückständige Leistung wie ein anderes dingliches Recht behandeln können: so müßte der Eintrag der Reallast an sich, und zwar in das Güterbuch, schon vollkommen sichern. — Was dann noch Reyscher von der Wirkung einer besonderen Verwahrung im Pfandbuche, eines Eintrags der einzelnen rückständigen Leistungen in dasselbe sagt (s. Note 4 a. E.): so gilt in dieser Beziehung ganz Das, was nach dem oben Angeführten schon Bolley gegen dieses in solcher Weise unsren Gesetzen ganz unbekannte Rechtsmittel ausführte.

Was Bolley's Ansicht betrifft, nach welcher das Recht auf die verfallene Leistung zwar dingliche Natur haben soll, aber nicht allgemein und unbeschränkt, sondern blos in Beziehung auf die Leistungen aus den zwei einem Gante unmittelbar vorangegangenen Jahren: so dürfte dieselbe doch wohl durch das schon widerlegt werden, was ich oben S. 129 f. ausführte. Ueberhaupt aber wäre es — abgesehen davon, daß Bolley (a. a. O. III S. 1300) die Rente aus den zwei letzten Jahren nicht blos als dingliche Last, sondern als eine zunächst zu verfolgende persönliche Schuld des bisherigen Besitzers behandelt — wohl ohne Princip wie ohne Beispiel, wenn man das Recht auf die verfallenen Leistungen in seiner Natur gleichsam halbiren, es theils als ein dingliches, theils als ein persönliches je nach den Jahren, in welchen die Leistung verfällt, behandeln d. h. wie es Bolley will, die Leistungen aus den zwei letzten Jahren für dingliche Last, die Leistungen aus noch früheren Jahren für persönliche Schuld erklären wollte, wenn also hiernach die

werden; allein dieser Eintrag bezieht sich nicht auf die Sicherung eines schon bestehenden dinglichen Rechts, sondern durch ihn entsteht erst das dingliche Recht selbst.

verfallene Leistung an sich zunächst eine dingliche Last des Gutes bliebe, aber mit dem Ablaufe von zwei Jahren diese Natur ganz von selbst ändern und in eine persönliche Last übergehen würde, somit eine und dieselbe verfallene Leistung den dinglichen Charakter eine Zeit lang haben, dann aber sofort verliehren würde, sobald der Rückstand sich häufen und sie nicht mehr ein Rückstand von den zwei letzten Jahren wäre.

Für die von mir vertheidigte Ansicht sprach sich neuerlich auch ganz entschieden die Württ. Regierung aus in einem Gesetzesentwurfe v. J. 1841 über die Anwendung der allgemeinen Pfandgesetzgebung auf exemte Güter (mein Handb. B. I S. 939) Art. 55—57, und eben so das in dem betreffenden Commissionsberichte der Kammer der Abgeordneten angeführte [5] Gutachten des k. Geheimenraths, sowie bei der Berathung jenes Gesetzesentwurfs die Kammer der Standesherren. Die Commission der Kammer der Abgeordneten schwankte über die Frage [6] und schlug aus legislativen Gründen [7] einen Mittelweg vor, der aber schon aus dem Gesichtspunkte der Consequenz und des Princips nicht zu billigen seyn möchte. Die ständische Verabschiedung über jenes Gesetz, bei welchem die Frage zur ausdrücklichen Entscheidung kommen wird, ist bis jetzt noch nicht erfolgt.

---

5) Verhandlgn. d. Kamm. d. Abg. v. 1843 Beil.H. 1 Abth. 3 S. 762.

6) A. a. O. S. 781.

7) Die Commission sagte: „Von dem legislatorischen Standpunkte aus „betrachtet, scheint uns die bejahende Entscheidung dieser Frage“ (d. h. die Bejahung der dinglichen Natur des Rechts auf die verfallene Leistung) „durch „die Rücksicht geboten zu seyn, daß das dingliche Recht an sich für den Berechtigten beinahe allen Werth verlöhre, wenn wegen der verfallenen Leistungen keine dingliche Klage gegen den Besitzer des Gutes gestattet würde.“ Dieß ist doch nicht richtig. Die dingliche Natur des Rechts hat und behält immer die wichtige Bedeutung, daß das Recht an sich gegen das Gut geht, also gegen jeden neuen Bewerber des Gutes in Beziehung auf die zu seiner Besitzzeit verfallenden Leistungen geltend gemacht werden kann. Dadurch und durch das persönliche Vorzugsrecht, welches dem Berechtigten für die während des Gantes verfallenden Leistungen, sowie für die aus den zwei letzten vorangegangenen Jahren rückständigen eingeräumt wurde, ist er, wenn er nur sein Recht auf die gehörige Weise zur rechten Zeit verfolgt, vollkommen gesichert.

Siebente Erörterung.

Die Einträge in die Gerichtsbücher und ihre Bedeutung für die Sicherung und die Natur der eingetragenen Rechte (nach Württemb. Rechte).

§. 1. Von den Gerichtsbüchern d. h. dem Pfandbuche, dem Güterbuche und dem Vertragsbuche hatten die beiden Letzteren im früheren Württ. Rechte nur eine untergeordnete Bedeutung für das Privatrecht.

Das Güterbuch war seinem eigentlichen Zwecke nach ein Steuerbuch; es sollte das zur Gemeinde und zum Staate steuernde Vermögen (Grundeigenthum und Gefälle, gewöhnlich eingetragen unter dem Namen der betreffenden Berechtigten) enthalten, um die Steuerumlage gehörig bewerkstelligen zu können, und erstreckte sich daher in der Regel über sämmtliche zur Gemeindemarkung gehörige Grundstücke mit Angabe ihrer hauptsächlich für die Steuerverhältnisse wichtigen Rechtsverhältnisse. Dabei wurde es allerdings auch benützt, um bei der gerichtlichen Insinuation von Veräußerungsverträgen den Erwerber auf die Lasten, die etwa auf einem Grundstücke liegen, und auf die Rechte Dritter an demselben aufmerksam zu machen. Der Eintrag in das Güterbuch aber hatte an sich keine unmittelbare privatrechtliche Beziehung, und selbst eine rechtliche Vermuthung für das Recht des Eingetragenen konnte bei Privatrechtsstreitigkeiten auf einen solchen Eintrag nicht gegründet werden (mein Handb. B. I S. 491. B. II §. 60).

In das Kaufbuch oder richtiger Vertragsbuch werden alle Verträge über dingliche Rechte an Liegenschaften, welche bei Gericht zu insinuiren sind, eingetragen. Auch dieser gerichtlichen Insinuation wurde, abgesehen von dem Reurechte, das den Parthieen bis zur Insinuation beziehungsweise vierzehn Tage lang zukommt, hauptsächlich auf das Steuerwesen Beziehung gegeben. Es sollte nach den dadurch zur Kenntniß der Gemeinde gekommenen Notizen das Güterbuch geführt werden, um die Staats- und Gemeinde-Abgaben auf Grundeigenthum und Gefälle gehörig umzulegen, womit sich dann auch die weitere Bedeutung verband, bei Gelegenheit der Insinuation den Erwerber auf Rechte Dritter, soweit sie aus den Gerichtsbüchern sich ergaben, aufmerksam zu machen (mein Handb. I S. 303 f., 487 f.).

Das Unterpfandsbuch war zum Eintrage der öffentlichen oder gerichtlichen Pfandrechte bestimmt. Allein abgesehen davon, daß neben diesen auch sonst noch Pfandrechte an Liegenschaften bestellt werden konnten, so hatte die Praxis die Richtung genommen, den Eintrag in das Pfandbuch zur Begründung eines öffentlichen Pfandrechts nicht einmal für nöthig zu halten (mein Handb. I S. 586—596); auch war natürlich das eingetragene Pfand in der Regel ungültig oder nur beschränkt gültig, wenn es sich später zeigte, daß die verpfändete Sache dem Verpfänder gar nicht, beziehungsweise nur in beschränkter Weise gehört hatte. Wie weit ein an einer fremden Sache bestelltes Pfandrecht gültig wurde, wenn der Verpfänder sie später erwarb oder den Eigenthümer beerbte oder vom Eigenthümer beerbt wurde oder der Eigenthümer die Verpfändung genehmigte, darüber galt das gemeine Recht mit seinen Controversen.

Die Pfandgesetzgebung von 1825 aber gab zunächst dem Unterpfandsbuche in Beziehung auf Unterpfänder d. h. auf Pfandrechte an Liegenschaften und an dinglichen Rechten, welche in dieser Hinsicht den Liegenschaften gleichgesetzt werden, eine ausschließliche Bedeutung; ein solches Unterpfand kann nur bestellt werden durch einen auf ein Erkenntniß der Pfandbehörde in einer gewissen Form vollzogenen Eintrag in das Pfandbuch; es gibt nur solche öffentliche Unterpfänder (vergl. oben S. 26). Dabei ging aber jene Gesetzgebung und ihre Ergänzung

vom Jahre 1828 (Pfandentwicklungsgeſ. v. 21. Mai 1828) noch viel weiter. Sie gab den Gerichtsbüchern, namentlich dem Güterbuche und dem Pfandbuche, eine ſehr wichtige und ausgedehnte Beziehung auf Sicherung und Wirkſamkeit dinglicher und ſelbſt auch mancher perſönlichen Rechte, ſo daß die Lehre von den Einträgen in dieſe Gerichtsbücher für die Verhältniſſe der Vermögensrechte zu einander überhaupt nunmehr von einer ſehr allgemeinen, weitgreifenden Bedeutung iſt. Hauptſächlich bezieht ſich allerdings dieſe Bedeutung auf Unterpfänder, indem man zunächſt von dem Zwecke möglichſter Sicherung des Pfandgläubigers ausging. Allein ſelbſt ſchon in dieſer beſchränkteren Beziehung wirkte ſie vielfach auf das Verhältniß anderer, mit Unterpfändern zuſammentreffenden, Rechte ein, und dann ging die Geſetzgebung noch weit über jene beſchränktere Beziehung hinaus, ſo daß jene Einträge die bezeichnete allgemeine für das ganze Rechtsſyſtem wichtige und in die verſchiedenſten Beziehungen namentlich auch in die Lehren des allgemeinen Theiles unſres Privatrechts mehr, als gewöhnlich beachtet wird, eingreifende Bedeutung erhielten.

Die Beſtimmungen aber, welche die Pfandgeſetzgebung über die betreffenden Punkte gibt, dürften, ſo manche Vorzüge auch ſonſt unſre Pfandgeſetzgebung hat, nicht eben zu rühmen ſeyn. Theils ging ſie, was das Materielle betrifft, in legislativer Beziehung zu weit, theils, wenn man einmal ihr Princip zu Grunde legt, nicht weit genug; ſie verkümmerte die Sicherheit, die ſie dem Pfandgläubiger geben will, durch manche bedenkliche Ausnahme, und gefährdete von anderer Seite die Sicherheit wohlbegründeter Rechte durch eine gar zu ausgedehnte Wirkung, die ſie den Einträgen in die Gerichtsbücher beilegt. Was aber das Formelle anbelangt: ſo geſtehe ich wenigſtens für meine Perſon, daß mir die Aufgabe, über den Inhalt der Pfandgeſetzgebung und ihren wahren Sinn ins Klare zu kommen, nicht wenig Mühe machte und manche ſchöne Zeit wegnahm und daß ich über nicht Weniges trotz wiederholten Nachdenkens noch im Zweifel blieb. Ich glaube daher Manchem einen Dienſt zu leiſten, wenn ich es verſuche, die betreffenden Beſtimmungen dieſer Geſetzgebung in einer genauen, überſichtlichen, die verſchiedenen zweifelhaften Fra-

gen ausführlich entwickelnden Erörterung darzustellen, um so mehr, als die Arbeiten unsrer tüchtigen Erläuterer des Pfandgesetzes (Seeger, Mayer und v. Bolley)[1] namentlich auch bei der Form, an welche ein exegetisch-dogmatischer Commentar über ein Gesetz gebunden ist, und bei der Zerstreutheit, in welcher das Gesetz seine verschiedenen Bestimmungen gibt, hier nicht durchaus zur gehörigen Orientirung führen können, auch das Pfandentwicklungsgesetz, durch welches in jenen Beziehungen das Pfandgesetz in Manchem leider wesentlich geändert und erweitert wurde, von Seeger und Mayer und in den beiden ersten Bänden des Bolley'schen Werkes nicht berücksichtigt werden konnte, Weishaars Darstellung aber in der neuesten Ausgabe seines Handbuches hier offenbar ganz ungenügend ist.

Gerade in formeller Beziehung leidet leider unsre Pfandgesetzgebung nur gar zu sehr an Uebelständen, wie man sie häufig bei Justinians Corpus Juris finden will und von denen man durch neue Deutsche Gesetzgebungen befreit zu werden sich schmeichelt. Es fehlt ihr nicht selten an Klarheit und an der bei Gesetzen so wichtigen Bestimmtheit, so daß sie schon zu so vielen Zweifeln und Controversen Veranlassung gab, wie irgend die Bestimmungen über Pfandrecht im Corpus Juris, nur freilich in andern Beziehungen; bloße reglementäre Anweisungen werden häufig in der Form einer unbedingten die Gültigkeit des betreffenden Acts bestimmenden Vorschrift gegeben und überhaupt auf eine Weise mit den gesetzlichen Bedingungen vermischt, daß die gehörige Sonderung oft eine sehr schwierige und zweifelhafte Sache wird (vergl. z. B. Art. 187, auch Art. 57, 60 des Pfandg.); auch finden sich mitunter, wie in unsren Röm. Rechtsquellen, absolut lautende Artikel, welche zu allgemein gefaßt sind und deren Inhalt durch die Berücksichtigung anderer Artikel wieder wesentlich beschränkt werden muß, wodurch, sowie durch ein gar nicht selte-

---

1) K. A. F. Seeger Erläuterg des Pfand- und Prioritätsgesetzes. II Thle. 1825, 1827; M. S. Mayer Commentar des Pfandgesetzes. II Thle. 1825, 1826. v. Bolley Bemerkungen zu d. Pfandgesetz. III Bde. 1827—1829. — In dem Folgenden werde ich diese Commentare ohne weitere Angabe des Titels blos unter Angabe des Verfassers und des Theiles des Buches citiren.

nes fatales Schwanken in der Terminologie, das Verständniß des Gesetzes sehr erschwert wird. Belege zu dem Gesagten werden sich zur Genüge aus den folgenden Erörterungen ergeben und könnten unschwer noch mit weiteren Fällen vermehrt werden.

I.

Bedeutung der Einträge in die Gerichtsbücher für das Recht zur Unterpfandsbestellung.

§. 2. Bei der Pfandgesetzgebung ging man von dem Bestreben aus, dem Gläubiger, welcher ein Unterpfand erwirbt, möglichste Sicherheit zu gewähren. Der eine Hauptweg, Aufhebung aller Pfandprivilegien, um den Gläubiger gegen jüngere Pfandrechte zu sichern, und große Beschränkung der absolut privilegirten (persönlichen) Forderungen, schien hiezu nicht hinreichend. Es konnte ja der Fall seyn, daß Jemanden eine Sache verpfändet wurde, von welcher es sich später zeigt, daß sie dem Verpfänder gar nicht gehörte, oder ein Recht verpfändet wurde, das nur in beschränktem Maaße dem Verpfänder zustand, und daher dem Pfandgläubiger nur eine beschränkte, mitunter nur prekäre, oder gar keine Sicherheit gewähren konnte. Diese Beziehung wurde durch die Pfandgesetzgebung um so wichtiger, als sie, wenn dem Verpfänder zur Zeit der Verpfändung das zu verpfändende Recht nicht zustand, ein späteres Gültigwerden des Pfandrechts ganz ausschließt.

Die Pfandgesetzgebung stellt nähmlich bei Unterpfändern den Grundsatz an die Spitze, daß nur Derjenige ein Unterpfand bestellen kann, welchem der zum Unterpfand an sich taugliche Gegenstand zur Zeit der Verpfändung wirklich gehörte oder welcher auf gültige Weise im Namen des Dritten, dem der Gegenstand zur Zeit der Verpfändung gehörte, oder mit dessen Zustimmung handelte (Pfandgesetz Art. 5, 6, 10, 18). Würde deßhalb z. B. an einer Sache auf den Namen Dessen ein Unterpfand bestellt, welcher zur Zeit der Verpfändung weder Eigenthümer der Sache noch sonst ermächtigt war, im Namen des Eigenthümers die Verpfändung vorzunehmen: so ist und bleibt das Unterpfand ungültig und wird auch nicht dadurch gültig, daß der Verpfänder später das Eigenthum der Sache

erwirbt oder der Eigenthümer später die Verpfändung genehmigt oder den Verpfänder beerbt[2]. Selbst wenn Jemand eine Sache, die er zu erwerben Hoffnung hat oder auf deren Erwerbung ihm ein persönlicher Anspruch zusteht, für den Fall, daß er sie später wirklich erwerben sollte, verpfänden oder eine Vormerkung in das Pfandbuch eintragen lassen[3] würde: so wäre dieß doch durch-

---

2) Pfandgeſ. Art. 6; vrgl. auch Art. 10 und 167. Zwar iſt Mayer I 91 f. 95 f. 179 andrer Anſicht und behauptet namentlich, wenn Jemand eine fremde Sache ohne Zuſtimmung des Eigenthümers zu Unterpfand beſtellt habe und der Eigenthümer *ſpäter* die Pfandbeſtellung genehmige, ſo werde dadurch das Unterpfand rückwärts gültig. Allein dieſe, wie auch die weitere Behauptung *Mayers* S. 91 f, S. 96, daß, wenn Jemand eine fremde Sache auf den Fall ihrer dereinſtigen Erwerbung verpfände, das Pfandrecht durch die ſpätere Erwerbung der Sache gültig werde, iſt im entſchiedenſten Widerſpruche mit den angeff. Beſtimmungen unſres Pfandgeſetzes und wird auch meines Wiſſens von allen übrigen Württ. Schriftſtellern, welche dieſe Frage berühren, verworfen. Vergl. Seeger I S. 52, Bolley I S. 27 f., S. 37; vrgl. auch oben S. 27. — Erſt durch eine ungeeignete Faſſung des Art. 39 Abſ. 2 des Pfandentwicklungsgeſ. von 1828 hätte die Frage etwas zweifelhaft werden können; allein auch dort war von den geſetzgebenden Factoren die Sache nicht in Mayers Sinne gemeint. Vergl. Bolley III S. 1219.

3) Eine Vormerkung eines Pfandrechtstitels mit der Wirkung, daß das auf dieſelbe hin vollzogene Unterpfand als zur Zeit der eingetragenen Vormerkung erworben gilt, iſt, was das Recht des Verpfänders an den zu verpfändenden Gegenſtand betrifft, nur zuläſſig, wenn dieſes Recht noch beſtritten oder ſonſt irgend eine Ergänzung in Beziehung auf daſſelbe erforderlich iſt, d. h. alſo, *wenn das Recht wirklich zur Zeit der Vormerkung ihm ſchon zuſtand*, aber nur ein Anſtand in Beziehung auf daſſelbe noch zu heben iſt, keineswegs aber, wenn das Recht ihm noch gar nicht zuſtand, ſondern erſt ſpäter von ihm erworben werden ſoll. Vergl. Pf.G, Art. 79. Andrer Meinung iſt Mayer I S. 386 und II S. 54 f. Vergl. aber dagegen auch Seeger I S. 296, Bolley I S. 34 f. 277 f. 350 und die Hauptinſtruction z. PfandG. §. 199, 207. Allerdings könnte mit Zuſtimmung des *Eigenthümers* der Sache ſofort ein *ſpäter zu realiſirender* Pfandrechtstitel vorgemerkt werden. Allein dieß hat nur die Wirkung, daß die Pfandbehörde eine neue Pfandbeſtellung für einen dritten Gläubiger nicht vollziehen ſoll, bis jener Pfandrechtstitel realiſirt iſt oder Derjenige, zu deſſen Gunſten die Vormerkung geſchah, auf ſein Recht verzichtet hat. Das auf den Grund eines ſolchen Titels ſpäter vollzogene Pfandrecht aber datirt ſich nicht ſchon von der Vormerkung, ſondern erſt von ſeiner wirklichen Vollziehung an.

aus ungültig und das Pfandrecht würde ungültig bleiben, sollte er auch später die Sache wirklich erwerben (s. Note 2).

Nur eine Ausnahme läßt das Pfandgesetz in dieser Beziehung zu. Es bestimmt nämlich, daß, wenn Jemand das zu verpfändende Recht noch nicht wirklich erworben habe, er dennoch das Recht verpfänden könne, wenn er einen die Erwerbung desselben bezweckenden Vertrag mit dem bisherigen Berechtigten abgeschlossen hat und das gerichtliche Erkenntniß über diesen Vertrag erfolgt ist[4]. Diese Ausnahme, zu welcher genügende legislative Gründe nicht vorlagen und die das Gesetz nicht hätte machen sollen, wurde blos aus Billigkeitsrücksichten deßhalb auf den Antrag der ständischen Commission gemacht, „weil gar oft zu Erwerbung eines „Gutes Geld aufgenommen und dieses Gut sogleich verpfändet „werde," ein Grund, der in der That nicht ausreichend ist; denn es folgt hieraus doch gar nicht, daß man Demjenigen, welcher Schritte zu Erwerbung eines Gutes that und in Folge derselben einen persönlichen Anspruch auf das Gut erhielt, noch vor der wirklichen Erwerbung desselben ein Verpfändungsrecht einzuräumen habe[5].

Auf den ersten Anblick scheint diese Ausnahme sehr einfach

---

4) Der Art. 6 des Pfandges., welcher von der Verpfändung einer Sache spricht, die dem Verpfänder nicht gehörte, und eine solche Verpfändung, wenn nicht der Dritte, dem die Sache gehört, vorher in die Verpfändung eingewilligt hatte oder der Verpfänder im Namen des Dritten zu handeln befugt war, unbedingt für ungültig erklärt, fügt nämlich bei: „Doch ist die Ver„pfändung eines Gutes nach erfolgtem gerichtlichen Erkennt„niß über einen das Eigenthum übertragenden Contract noch „vor der Vollziehung des Letzteren zulässig."

5) Zwar kommt es häufig vor, daß, wenn Jemand ein Gut mit entlehntem Gelde erwerben will, ihm der Darleiher das Geld ohne Sicherheit nicht geben, der Verkäufer aber das Gut ohne Bezahlung des Kaufschillings oder wenigstens eines Theiles desselben nicht übergeben will, und solche Fälle hatten die Stände im Auge, indem sie dann hier dem Käufer dadurch helfen wollten, daß sie ihm ein Verpfändungsrecht noch vor der Uebergabe der Sache einräumten. Allein es ist, besonders bei den übrigen Bestimmungen des Art. 6, doch gar zu anomal, daß ein Nichteigenthümer eine Sache verpfänden kann, und um dem Käufer in solchen Fällen zu helfen, war diese Einräumung nicht nöthig.

zu seyn und keine Zweifel über ihren Sinn zuzulassen. Allein abgesehen davon, daß sie die Consequenz des Pfandgesetzes stört und zu Verwicklungen führen kann, entstehen bei ihr manche wirklich gar nicht unzweifelhafte Fragen.

Faßt man nämlich die Bedingungen und den Umfang der Ausnahme näher ins Auge: so ergibt sich, wenn man auch nicht auf die ganze hier mögliche Casuistik eingehen, sondern sich nur auf die Hauptfragen beschränken will, im Wesentlichen Folgendes:

a. Wenn Jemand einen Vertrag zum Zwecke der Erwerbung des Eigenthums einer Liegenschaft schloß (das Pfandgesetz Art. 6, 60 spricht von einem das Eigenthum übertragenden Contract; dieß ist aber ungenau; denn ein Vertrag überträgt nicht sofort mit seinem Abschlusse das Eigenthum, sondern gibt nur ein persönliches Recht auf Uebertragung des Eigenthums, das sich dann durch die Uebergabe der Sache realisirt, durch welche erst das Eigenthum übertragen wird) und der Vertrag unbedingt abgeschlossen wurde, so daß Derjenige, welcher die Sache erwerben soll, sofort durch den Vertrag ein festes persönliches Recht auf Uebergabe der Sache erlangte: so ist es nach Art. 6 und 60 des Pfandgesetzes unzweifelhaft, daß er in diesem Falle auch noch vor der wirklichen Uebergabe, somit vor der wirklichen Erwerbung des Eigenthums, die Sache verpfänden kann, wenn nur über jenen Vertrag gerichtlich erkannt worden ist.

b. Wie ist es aber, wenn der Erwerbungsvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen wurde? Kann hier auch der blos bedingt Berechtigte die Sache verpfänden, wenn etwa der Vertrag zum gerichtlichen Erkenntnisse gebracht worden seyn sollte? Zu bejahen scheint dieß v. Bolley, indem er[6] bei der Frage, ob der Käufer die unter einer suspensiven Bedingung an ihn verkaufte Sache verpfänden könne, sagt: „Ausnahmsweise ist eine solche Verpfändung dann, „wenn der Contract zum gerichtlichen Erkenntnisse gebracht wor„den, zulässig." Indessen bin ich nicht ganz sicher, ob Bolley wirklich Demjenigen ein Verpfändungsrecht einräumen wollte, der

6) Bemerkk. z. Pfandges. I S. 74.

einen die Erwerbung einer Liegenschaft bezweckenden Vertrag unter einer dieſen Vertrag ſelbſt ſuſpendirenden Bedingung ſchloß, oder ob er nicht vielmehr, worauf ſeine Beiſpiele hindeuten, blos an den nachher unter c anzuführenden Fall dachte. Jedenfalls ſcheint mir die aufgeworfene Frage durchaus zu verneinen zu ſeyn [7]. Durch einen blos bedingten Erwerbungsvertrag nämlich erhält man ja noch nicht einmal ein wirkliches perſönliches Recht auf die Erwerbung der Sache, ein feſtes Recht auf ihre Uebergabe, ſondern blos eine von der anderen Parthie nicht einſeitig zu entziehende Hoffnung, ein ſolches Recht zu erlangen. In der That aber hieße es bei den Prämiſſen, von denen unſer Pfandgeſetz ausgeht, die Anomalie auf die Spitze treiben, wenn man Demjenigen, der blos die Hoffnung hat, beim Eintritte noch ungewiſſer Ereigniſſe ein perſönliches Recht auf Leiſtung einer Sache zu erlangen, die Befugniß einräumen würde, ſofort und während es noch ganz ungewiß iſt, ob jene Ereigniſſe je eintreten werden, die Sache zu verpfänden. Eine ſolche Anomalie könnte man nur dann annehmen, wenn es im Geſetze ganz beſtimmt und unzweifelhaft ausgeſprochen wäre. Dieß iſt aber nicht entfernt der Fall; vielmehr ergibt ſich aus der Faſſung des Geſetzes, daß es bei ſeiner betreffenden Beſtimmung von der entgegengeſetzten Vorausſetzung ausgeht. Der Art. 60 nähmlich, auf den der Art. 6 verweist, ſpricht von einem Vertrage, wodurch die Erwerbung geſchehen. Nun geſchieht zwar durch den Vertrag nicht unmittelbar die Erwerbung des Eigenthums der Liegenſchaft; allein in jenem Ausdrucke liegt doch jedenfalls die Vorausſetzung, daß durch den Vertrag ein feſtes, nicht lediglich von dem Eintritte ungewiſſer künftiger Ereigniſſe abhängendes, Recht in Beziehung auf die Sache (ein perſönliches Recht auf ihre Leiſtung) wirklich erworben worden ſey. Ebenſo wird, wenn der Art. 6 ſagt, die Verpfändung eines Gutes ſey nach erfolgtem gerichtlichen Erkenntniſſe über einen das Eigenthum übertragenden Contract noch vor der Vollziehung des Letzteren zuläſſig, dadurch offenbar angedeutet, daß die Verpfändung nur

7) Dieſer Anſicht ſcheint auch zu ſeyn v. Hufnagel Belehrg über das Pfandgeſ. S. 77.

in einem solchen Falle zulässig seyn soll, wenn lediglich die aufgeschobene Vollziehung des Vertrags der Grund der Aufschiebung des Eigenthumserwerbs ist, nicht aber auch dann, wenn der ganze Vertrag von einer Bedingung noch abhängt [8]. Auch die ständischen Verhandlungen beweisen, daß man bei jener Bestimmung von jener Voraussetzung ausging [9]. Für das Gegentheil kann auch nicht angeführt werden der Art. 39 Abs. 2 des Pfandentwicklungsgesetzes von 1828; denn dieser spricht von einem alternativen Rechte, das mit einem bedingten Rechte nicht zu verwechseln ist.

c. Mit dem Falle eines bedingt geschlossenen Vertrags ist nicht zu verwechseln der Fall, wenn bei an sich unbedingt abgeschlossenem Vertrage der Veräußerer das Eigenthum der zu veräußernden Sache auf eine gültige Weise bis zu Bezahlung des Preises sich vorbehielt. Zwar ist hier die Hauptinstruction zum Pfandgesetze anderer Ansicht, indem sie sogar auch hier dem Erwerber die Befugniß zur Verpfändung abspricht [10].

8) Hat daher Jemand blos einen bedingten Anspruch auf eine Sache: so kann er diese Sache, so lange die Bedingung schwebt, nie verpfänden, außer natürlich mit Zustimmung des Eigenthümers der Sache. Würde er während des Schwebens der Bedingung ohne diese Zustimmung die Sache verpfänden: so wäre das Pfandrecht selbst dann ungültig, wenn nachher die Bedingung eintreten sollte, mag auch die Bedingung eine solche seyn, welche zurückbezogen wird: denn das einmal ungültig bestellte Pfandrecht kann nach Art. 5 und 6 des Pfandg. durch ein solches späteres Ereigniß nicht gültig werden. Zwar sind bedingte Verpfändungen zulässig und zwar mit der Wirkung, daß, wenn die Bedingung eintritt, die Verpfändung sich vom Tage des geschehenen Eintrags des bedingten Unterpfandes an datirt, ohne Unterschied, ob die Bedingung für den Schuldner potestativ war oder nicht (Pfandges. Art. 79, Bolley I S. 247 f. Weishaar Handb. §. 625 bei Note 6; anderer Ansicht ist in letzterer Beziehung Mayer I S. 57; allein das Pfandgesetz a. a. O. unterscheidet hier nicht). Bei dieser Bestimmung ist aber durchaus vorausgesetzt, daß dem Verpfänder in Beziehung auf den zu verpfändenden Gegenstand zur Zeit der Verpfändung ein festes Recht wirklich zustand, also er nicht blos einen bedingten Anspruch an denselben hatte. Hat Jemand blos einen bedingten Anspruch an das zu verpfändende Recht: so kann nicht er, sondern blos Derjenige, dem dermalen das Recht noch zusteht, dasselbe verpfänden.

9) Ständ. Verhandlgn. v. 1823 III Beil.H. S. 286.

10) Die Hauptinstruction sagt nämlich im §. 189: „Soll namentlich, nach

Allein in einem solchen Falle ist der Erwerbungsvertrag selbst unbedingt eingegangen, an sich ganz perfect; der Erwerber erhält ein festes Recht auf Leistung der Sache, sie ist ihm sofort zu übergeben, und nur eine einzelne Wirkung des Vertrags, der Uebergang des Eigenthums, nicht aber der Vertrag selbst ist von einer in der Gewalt des Erwerbers liegenden Bedingung abhängig gemacht. In diesem Falle ist daher der Erwerber, sobald über den Vertrag gerichtlich erkannt worden ist, schon nach den Worten des Art. 6 zur Verpfändung der Sache befugt [11].

d. Ist der Erwerbungsvertrag unter einer auflösenden Bedingung geschlossen worden: so kann es gar keinen Zweifel haben, daß nach Art. 6 und 60 des Pfandges. der Erwerber, sobald der Vertrag gerichtlich insinuirt ist, die Befugniß hat, die betreffende Liegenschaft zu verpfänden; denn in einem solchen Falle ist ja der Vertrag an sich perfect und es kann die Vollziehung desselben sofort verlangt werden [12].

e. Wie ist es aber zu halten, wenn Derjenige, welcher den Erwerbungsvertrag geschlossen hat, nach erfolgtem gerichtlichen Erkenntnisse, aber noch vor Vollziehung des Vertrags, somit ehe er das Eigenthum der Sache erworben hat, sie verpfändet, er aber nachher das Eigenthum der Sache gar nicht erwirbt z. B. die Partheien den Vertrag wieder auflösen oder derselbe wegen übermäßiger Verletzung oder wegen Betrugs wieder aufgehoben wird, ehe es noch zur Uebergabe der Sache kam? — In einem solchen Falle wird man annehmen müssen, daß nun das bestellte Pfandrecht zusammenfällt. Zwar ist dieß für den Pfandgläubiger etwas sehr Mißliches (wie überhaupt eben die ganze Ausnahme des 2ten Absatzes des Art. 6); allein es folgt schon aus der Fassung des Art. 6, welcher offenbar voraussetzt, daß, wenn das Pfandrecht gültig bleiben soll,

„der erklärten Absicht, der Käufer vor Entrichtung des Kaufschillings auf „keine Weise als Eigenthümer zu betrachten seyn: so kann derselbe bis zu „Erfüllung dieser Bedingung die erkaufte Sache ohne Einwilligung des „Verkäufers nicht verpfänden."

11) Auch Bolley I S. 74 findet in einem solchen Falle die Verpfändung unbedenklich.

12) Vrgl. auch unten §. 13.

es wirklich zur Vollziehung des Vertrags kommen müsse. Auch wird dieß noch ganz unzweifelhaft gemacht durch die ständischen Verhandlungen, welche entschieden diese Voraussetzung aussprechen [13], und ebenso spricht die Natur der Sache dafür; denn es wäre doch gar zu anomal, wenn ein blos persönlich Berechtigter eine Sache selbst für den Fall sollte gültig verpfänden können, daß er später die Sache gar nicht erwerben würde.

f. Wie verhält sich in den angeführten Fällen das Verpfändungsrecht des Veräußerers zu dem des Erwerbers? Wer einen Veräußerungsvertrag über seine Sache schließt, ist, so lange er die Sache noch nicht übergeben hat, Eigenthümer der Sache und als Solcher zur Verpfändung derselben an sich befugt. Nach dem Art. 6 des Pfandges. aber ist Derjenige, auf welchen die Sache übertragen werden soll, schon vor der Uebertragung dann, wenn über den Vertrag gerichtlich erkannt worden ist, zur Verpfändung der Sache befugt, also zu derselben befugt, während noch nicht er, sondern während der Veräußerer noch Eigenthümer der Sache ist. Haben in einem solchen Falle nun Beide ein Recht, die Sache zu verpfänden? Dieß nimmt Bolley wie es scheint an (s. Dessen Bemerkk. z. Pfandges. I S. 72). Aus einem solchen Grundsatze aber würden sich große Verwicklungen ergeben, und man wird vielmehr daraus, daß das Pfandgesetz dem künftigen Erwerber von dem Augenblicke an, in wel-

13) Der ursprüngliche Antrag der ständischen Commission (ständ. Verhandlgn v. 1823 III Beil.H. S. 286) ging dahin, im Gesetze auszusprechen: „Wurde jedoch ein Gut, über dessen Erwerbung der Verpfänder einen „Contract abgeschlossen hat, noch vor Vollziehung des Contracts verpfändet, „so schadet dieses, wenn nur der Verpfänder wirklicher Eigen„thümer wird, der Gültigkeit der Verpfändung nichts.“ Weil dieß aber theilweise sehr unbestimmt lautete: so beantragte Weishaar, der überhaupt den ganzen Vorschlag nicht recht billigen wollte, leider aber ihm nicht entschieden entgegen trat, eine „Fassungsänderung“ dahin, „daß ein „Gut, über dessen Erwerbung erkannt worden, wenn es auch noch nicht „übergeben wäre, verpfändet werden dürfe,“ und so wurde am Ende beschlossen, die Ausnahme so zu fassen: „Doch ist die Verpfändung eines „Gutes nach erfolgtem gerichtlichen Erkenntnisse über einen Contract, wo„durch der Verpfänder das Eigenthum desselben erwerben soll, noch vor „der Vollziehung des Contracts zulässig.“ Vrgl. auch die angeff. Verhdlgn. S. 379 und H. IX S. 735.

chem über den Erwerbungsvertrag gerichtlich erkannt ist, das Verpfändungsrecht einräumt, schließen müssen, daß es von diesem Augenblicke an dem Veräußerer dieses Recht absprechen wollte.

g. Die Befugniß, eine Sache zu verpfänden, an welche man blos einen persönlichen Anspruch hat, ist in unsrem Rechte eine Anomalie (jus singulare), da es von ganz anderen Grundsätzen als Regel ausgeht; sie ist somit streng auf den im Gesetze genannten Fall zu beschränken [14]. Hat daher z. B. Jemand ein blos persönliches Recht auf Leistung einer Liegenschaft aus einem Vermächtnisse: so kann er, sollte auch die Urkunde, auf welche er sein Recht gründet, dem Gerichte übergeben worden seyn, doch die Liegenschaft nicht eher verpfänden, als bis er das Eigenthum der vermachten Sache wirklich erworben hat; denn das Gesetz spricht blos von solchen Rechten auf eine Liegenschaft, die auf einen Vertrag sich gründen. Ebenso kann nur derjenige künftige Erwerber, auf welchen in Folge des Vertrags das Eigenthum der Sache übertragen werden, welcher also nach dem Zwecke des Vertrags die Sache bekommen soll, die Sache nach der gerichtlichen Insinuation noch vor der wirklichen Erwerbung des Eigenthums verpfänden; denn das Gesetz (Pfandg. Art. 6, 60) spricht von einem das Eigenthum übertragenden Contract und von einem Vertrage, durch welchen die Erwerbung geschieht, also offenbar nur von dem Falle, wenn auf Denjenigen, welcher den Vertrag mit dem Veräußerer schloß, in Folge des Vertrags das Eigenthum übertragen werden soll [15]. Unmöglich kann also — wie es z. B. Bolley I S. 608 in der Note thut — die Befugniß zur Verpfändung eingeräumt werden dem Veräußerer, wenn er nach vollzogenem Vertrage und weggegebenem Eigenthum aus irgend einem Grunde, z. B. wegen übermäßiger Verletzung, den Vertrag wieder anfechten und nach Umständen die Sache wieder zurückfordern kann. Denn hier hat ja der Veräußerer den persönlichen Anspruch auf Rückerwerb der Sache nicht in Folge eines zum Zwecke dieses Rückerwerbs geschlossenen gerichtlich insinuirten Vertrags [16], während der Art. 6

14) Dagegen fehlt z. B. Weishaar Handb. II §. 582 a. E.

15) Vrgl. auch die in Note 13 angef. ständ. Verhandlungen.

16) Ein solcher Rückerwerber ist eben ganz zu behandeln, wie jeder An-

des Pfandgeſ. nur demjenigen künftigen Erwerber ein Verpfändungsrecht gibt, welcher aus einem gerichtlich inſinuirten Veräußerungsvertrage unmittelbar in Folge deſſen Vollziehung das zu verpfändende Recht erwerben ſoll.

§. 3. Nach dem S. 144 f. Ausgeführten iſt es möglich, daß ein Pfandgläubiger, welchem an einer Liegenſchaft ein Unterpfand beſtellt wurde, um alle Sicherheit kommt, wenn ſpäter ſich ergibt, daß der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung nicht Eigenthümer der Liegenſchaft geweſen iſt, und ſelbſt dann um ſeine Sicherheit kommt, wenn auch der Verpfänder in der Zwiſchenzeit dieſes Eigenthum erworben hätte.

Soll man nun bei Unterpfändern den Pfandgläubiger auch gegen eine ſolche Gefahr ſichern?

Mir ſcheint die legislative Bejahung der Frage mehr als zweifelhaft. Eine ſolche Gefahr liegt nun einmal in der Natur des Rechtsverhältniſſes. Will man den Pfandgläubiger dagegen ſichern: ſo kann es nur auf Koſten des wahrhaft Berechtigten, des Eigenthümers der Sache, geſchehen; will man aber Dieſem die Möglichkeit geben, ſich gegen Nachtheile, welche dadurch ſeinem wohlerworbenen Rechte drohen, durch Verwahrungen und Vormerkungen in den öffentlichen Büchern u. dergl. zu ſchützen: ſo kommt man nicht nur leicht dazu, dem Pfandgläubiger die Sicherheit, die man ihm mit der einen Hand gewährte, mit der anderen Hand wieder theilweiſe zu entziehen (vrgl. §. 11, 12), ſondern es wird auch das Recht gar zu ſehr vom Papiere abhängig gemacht und die Geſetzgebung iſt in Gefahr, ſich am Ende in Halbheiten und ſolche Verwicklungen und Verkünſteleien zu verlieren, die für den Beſtand der Rechte und für den Verkehr nicht günſtig ſeyn können.

Allein bei unſrer Pfandgeſetzgebung glaubten die geſetzgebenden Factoren die Frage bejahen zu ſollen und ſie ſchlugen

---

dere, welcher einen perſönlichen Anſpruch auf Wiedererwerbung einer Sache hat; er kann ihn durch einen Eintrag in das Pfandbuch wahren (unten §. 15, 18); aber die zu erwerbende Sache ſelbſt kann er nicht verpfänden. Auch der Art. 39 des Pfandentwicklungsgeſetzes ſagt nicht das Gegentheil; denn er verlangt zur Unterpfandsbeſtellung, daß die Vorausſetzungen des Art. 6 des Pfandgeſetzes vorliegen.

dabei leider den letzteren Weg ein. Schon der Entwurf des Pfandgesetzes, der übrigens in seinen §§. 13—17. die betreffenden Verhältnisse auf eine nicht leicht zu entziffernde Weise zu bestimmen sucht, geht entschieden von dieser Ansicht aus; in den Motiven zum Entwurfe ist geradezu gesagt: „Um dem Kredit „eine neue Stütze zu verschaffen, werde der Grundsatz aufgestellt, „daß der Streit über das Eigenthum einer verpfän„deten Liegenschaft den Pfandgläubiger gar nicht „berühre, wenn nicht vor der Verpfändung von Dem„jenigen, der das Eigenthum anspreche, deßhalb „der Eintrag einer Verwahrung im Pfandbuche be„wirkt worden sey; es müsse der Pfandgläubiger vor der „Nichtigkeitsklage eines Dritten, welcher im Streite über das „Eigenthum der Sache obgesiegt habe, geschützt seyn, wenn dieser „Dritte es unterlassen hatte, seine Ansprüche zur Kenntniß der „Behörde zu bringen und dadurch eine Vormerkung oder Ver„wahrung in den öffentlichen Büchern zu bewirken."

Von der den Entwurf begutachtenden ständischen Commission und der Ständeversammlung wurden diese Grundsätze durchaus gebilligt.

Hiernach sollte man glauben, der Entwurf und das Gesetz gehen von dem einfachen, wenn gleich dem wahren Berechtigten gefährlichen, Grundsatze aus: die Pfandbehörde hat vor dem Eintrage eines Unterpfandes an eine Liegenschaft auf geeignete Weise sich zu versichern zu suchen, daß Demjenigen, der das Unterpfand bestellen will, wirklich das zu verpfändende Recht zukomme, er also in dieser objectiven Beziehung zur Verpfändung befugt sey; sollte sich aber später zeigen, daß ihm dieses Recht nicht zukam: so gilt doch das durch Eintrag in das öffentliche Pfandbuch bestellte Pfandrecht durchaus und ist unanfechtbar, außer der wahre Berechtigte hätte sein Recht schon vor der Verpfändung durch eine Vormerkung in den öffentlichen Jedem zugänglichen Büchern und was ihr gleichsteht gewahrt.

Man sollte um so mehr glauben, daß das Gesetz von diesem Grundsatze ausgehe, wenn man mit jenen Motiven die Art. 47, 65 und 74 des Gesetzes vergleicht. Denn der Art. 47 sagt: „Die Erwerbung des Unterpfands geschieht durch die Ein-

„tragung in das Unterpfandsbuch, nach vorgängigem „obrigkeitlichen Erkenntnisse über die rechtliche Zulässigkeit der „Unterpfandsbestellung"; in Beziehung auf die Wirksamkeit dieser Erwerbung aber bestimmt der Art. 65: „Wer ein Unterpfand „erwirbt, wird der Regel nach gegen alle ihm unbekannten „Rechte und Ansprüche gesichert, welche zur Zeit dieser Erwer„bung weder im Güterbuche noch im Unterpfandsbuche bemerkt „gewesen", und dieses wird im Wesentlichen in dem Art. 74 dahin wiederholt: „Ein Dritter, welchem hinsichtlich der verpfän„deten Sache ein Recht zusteht, kann dasselbe, wenn er es vor „der Eintragung des Unterpfandsrechts nicht gewahrt „hat, nachher gegen den eingetragenen Pfandgläubiger nicht mehr „geltend machen." Namentlich sollte man nach der ganzen Fassung des Art. 74 annehmen dürfen, daß, wenn Jemand einmal mit einem Pfandrechte an eine Liegenschaft in Folge eines Beschlusses der Pfandbehörde im Pfandbuche in gehöriger Form eingetragen ist, das Pfandrecht, auf welche Grundlage hin auch die Pfandbehörde sich von dem Rechte des Verpfänders überzeugt haben möge, von Niemanden aus dem Grunde, daß dem Verpfänder das verpfändete Recht nicht zugestanden habe, weiter angefochten werden könne, außer von einem Solchen, der sein entgegengesetztes Recht vorher gehörig gewahrt habe.

Wollte man den Gläubiger gegen die oben bezeichnete Gefahr sichern: so wäre wirklich auch dieser Weg der natürlichste und einfachste gewesen und eine Reihe von Verwicklungen und zweifelhaften Fragen wäre dadurch abgeschnitten worden. Mir schien es auch Anfangs, daß das Pfandgesetz wirklich von diesem einfachen Grundsatze ausgehe, und wer zunächst die Artt. 65 f. und 74 liest und mit der oben angeführten Stelle der Motive des Gesetzesentwurfes zusammenhält, kann nicht wohl auf ein anderes Resultat kommen. Leider aber findet es sich in unsrer Pfandgesetzgebung nicht selten, daß ein Grundsatz, den einzelne Artikel auszusprechen scheinen und ihren Worten nach auch aussprechen, wieder wesentlich modificirt werden muß durch die Rücksicht auf andere Artikel, und so ist es auch hier der Fall.

Schon die Motive zum Gesetzesentwurfe, statt aus ihren oben angeführten Prämissen die eben entwickelte Folgerung zu

ziehen, springen nach denselben auf eine eigene Weise auf das Güterbuch über, indem sie nach ihren S. 151 angeführten Worten so fortfahren: „In Beziehung auf Verpfändung muß „daher (?) derjenige als Eigenthümer gelten, welchen die „öffentlichen (Güter- oder Contracts-) Bücher als Sol„chen aufführen. Mag etwa irgend einem Anderen in der „That das Eigenthum der bestimmten Sache zustehen und solches „Demselben dereinst zugesprochen werden: es darf der unbekannte „Anspruch den Pfandgläubiger nicht beunruhigen und dem er„worbenen Pfandrechte (wenn er nicht gewahrt ist) keinen Ein„trag thun."

Was sollen hier eigentlich die öffentlichen Bücher in dieser Hinsicht bedeuten? Ging man von dem Grundsatze aus, daß ein Gläubiger, dessen Unterpfand in Folge eines Beschlusses der Pfandbehörde in das Pfandbuch einmal eingetragen ist, in Beziehung auf die Frage, ob dem Verpfänder das verpfändete Recht wirklich zustand, eben durch den Eintrag in das Pfandbuch, auf welche Grundlage hin er auch geschehen seyn mag, gegen jeden Dritten gesichert sey, welcher seine Rechte nicht gewahrt hat: so war es ganz unnöthig, bei der Frage über die Befugniß zur Pfandbestellung den öffentlichen Büchern irgend eine besondere Bedeutung zu geben (außer der, daß durch den Eintrag in dieselben Rechte gewahrt werden können).

Aber auch das Pfandgesetz gibt den öffentlichen Büchern und zwar dem Güterbuche [17] in jener Beziehung und im

---

17) Welchen öffentlichen Büchern sollte die im Folgenden näher zu entwickelnde Bedeutung gegeben werden? Der Entwurf §. 15 sprach blos von den „öffentlichen Büchern" überhaupt, ohne sie näher zu bestimmen, deutete aber in den Motiven auf das Güter- oder Contractsbuch hin. Der ständische Ausschuß (ständ. Verhandlgn. v. 1823 III Beil.H. S. 120) dachte hier auffallender Weise blos an das Contractsbuch und unterstützte dieß mit dem offenbar ganz unrichtigen Grunde, daß „bekanntlich in unserem „Lande die Contractsbücher den Eigenthümer einer unbeweglichen Sache, „aus welchem Rechtsgrunde er es sey (!), nachweisen." Die ständ. Commission wies aber den großen Irrthum, in welchem der Ausschuß befangen war, nach (die angeff. Verhandlgn. S. 223) und bemerkte, daß „die Con„tractsbücher eine sehr unsichere und unvollständige Grundlage seyn würden, „nicht nur weil sie von allen Erwerbungen durch Heirathsgüter, Vermögens-

Verhältnisse zu den Artt. 65 und 74 eine besondere Bedeutung, deren Grad und Ausdehnung freilich nicht wenig zweifelhaft ist, und diese ist hier nun zunächst näher zu untersuchen und zu bestimmen.

§. 4. Das Pfandgesetz bestimmt nähmlich im Art. 57 Folgendes: „Als Eigenthümer einer unbeweglichen Sache „gilt in Beziehung auf Verpfändung Derjenige, „welcher als solcher im Güterbuche eingetragen ist."

„Entsteht über die Richtigkeit dieses Eintrags irgend ein „Zweifel, so kann vor dessen vollständiger Hebung eine Verpfändung nicht vor sich gehen."

So einfach und klar diese Bestimmungen auf den ersten Anblick zu seyn scheinen: so ergibt sich doch bei genauerer Erwägung derselben, daß sie manche Zweifel darbieten, wie sie auch wirklich schon vielfach mißverstanden worden sind, und daß sie nur gar zu sehr, sowohl an sich als besonders in ihrem Verhältnisse zu anderen Bestimmungen des Pfandgesetzes, der Auslegung bedürfen. Zunächst ist

1. der Ausdruck Eigenthümer einer unbeweglichen Sache nicht im eigentlichen juristischen Sinne zu nehmen, sondern in einem weiteren Sinne, den das Pfandgesetz überhaupt häufig mit dem Worte Eigenthum verbindet. Im weitesten Sinne nähmlich wird Eigenthum nicht selten gleichbedeutend mit Recht überhaupt genommen und so spricht das Pfandgesetz z. B. von Eigenthum an Forderungen, also an persönlichen Rechten

---

„übergaben, Erbschaften ꝛc. gar nichts enthalten, sondern auch weil man „nicht die geringste Garantie habe, daß in denselben auch nur diejenigen „Contracte, die nach dem Landrecht zum gerichtlichen Erkenntniß gebracht „werden sollen, vollständig eingetragen seyen, daß die Register über diese „Bücher weder genau noch vollständig seyen und daß, wenn man die Ge„meinderäthe an diese Bücher als die Grundlage der Unterpfandsbücher „verweisen wollte, man sich oft der Gefahr aussetzen würde, Güter, die ein „Schuldner längst schon wieder veräußert hatte, doch noch als dessen Eigen„thum zu betrachten." Sie trug deßhalb darauf an, die Güterbücher zu der betreffenden Grundlage zu machen, wobei sie aber allerdings auch diese nur „eine ziemlich sichere Grundlage" nennt und zugibt, daß man auch bei diesen Büchern keineswegs eine Garantie für ihre Fehlerlosigkeit habe. Der Antrag der Commission ging dann in das Gesetz über.

(z. B. Art. 92); dann bezeichnet es auch einzelne Classen von Rechten durch Eigenthum und so namentlich im Art. 57, wie auch in anderen Artikeln [18], diejenigen Rechte, welche Gegenstand eines Unterpfandes sind, also das (eigentliche) Eigenthum an Liegenschaften und andere dingliche Rechte an Liegenschaften, welche in dieser Beziehung den unbeweglichen Sachen gleichgestellt werden, wie das Zehntrecht, dingliche Rechte auf andere Grundgefälle, Nießbrauch an Grundeigenthum ꝛc. Hiernach entscheidet der Eintrag in das Güterbuch nicht blos über das (eigentliche) Eigenthum Dessen, der eine Liegenschaft verpfänden will, sondern überhaupt über die Existenz des Rechts Dessen, der an einem zur Unterpfandsbestellung geeigneten Gegenstande z. B. einem Nießbrauche, einem Grundzinse ꝛc. ein Unterpfand bestellen will.

2. Auf den ersten Anblick scheint der Art. 57 in seinem ersten Absatze zu sagen: wer als Berechtigter im Güterbuche eingetragen ist, der gilt unbedingt als Berechtigter und nur auf seinen Namen kann ein Unterpfand bestellt werden. Es scheint also in Beziehung auf Verpfändung ganz allgemein eine Rechtsvermuthung für den im Güterbuche Eingetragenen festgestellt zu werden, und wirklich haben auch schon Manche auf diesen Artikel die Behauptung gründen wollen, daß der im Güterbuche als Berechtigter Eingetragene vom Beweise seines Rechts frei sey, weil nach jenem Artikel sein Recht rechtlich vermuthet werde, ja sogar, daß dieses Recht vermöge einer allen Gegenbeweis ausschließenden Fiction als vorhanden anzunehmen sey. Allein dieß ist nur in einer sehr beschränkten Beziehung richtig.

Abgesehen davon, daß nach Art. 57 der im Güterbuche Eingetragene nur in Beziehung auf Verpfändung (von einer Ausdehnung durch das spätere Rechts s. unten §. 17) als Eigen-

---

18) Pf.G. Art. 3 vrgl. mit 5, 93, 94; Mayer I S. 342 f., Bolley I S. 223 f. Ueberhaupt ist das Pfandgesetz in seiner Terminologie gar zu häufig unbestimmt; so namentlich auch in Beziehung auf die Ausdrücke Besitz und Besitzer, die es oft in ungeeigneter Weise für Recht und Berechtigter nimmt, z. B. Art. 59, 60, 66, so daß man da, wo jene Ausdrücke gebraucht sind, in manchen Stellen sehr zweifelhaft wird, ob sie im eigentlichen Sinne für wirklichen Besitz oder im anomalen für Recht genommen sind.

thümer im weiteren Sinne des Pfandgesetzes gelten soll: so sind mit diesem Artikel die Artt. 65—69 und 74—78 in Verbindung zu bringen. Diese letzteren Artikel gehen davon aus, daß es gar wohl der Fall seyn könne, ein im Güterbuche als berechtigt Eingetragener sey doch in der That nicht wirklich berechtigt, sondern ein Anderer sey es, und sie lassen deßhalb den Eintrag in das Güterbuch nicht gelten, wenn der Eingetragene nicht der Berechtigte ist und der wahre Berechtigte sein Recht gehörig gewahrt hat [19]. In einem solchen Falle gilt somit der im Güterbuche Eingetragene nicht als Eigenthümer, sondern es kommt dann, wenn das entgegenstehende Recht gewahrt ist, auf das Resultat der vor Gericht zu führenden Beweise an, bei welchen sich die Beweislast lediglich nach allgemeinen Grundsätzen bestimmen muß. Nur wenn das entgegenstehende Recht nicht gewahrt ist, gilt der im Güterbuche Eingetragene als Eigenthümer, und dieß ist allein die besondere Bedeutung, welche in dieser Beziehung durch das Pfandgesetz dem Eintrage in das Güterbuch eingeräumt ist, eine Bedeutung, die bei einer nicht auf das Güterbuch gegründeten Pfandbestellung nicht eintritt. Hiernach ergeben sich also folgende Grundsätze:

a. Wird an einer Sache ein Unterpfand bestellt auf den Namen Dessen, welcher als Eigenthümer der Sache im Güterbuche eingetragen ist: so ist der Pfandgläubiger in Beziehung auf die Frage, ob der Verpfänder wirklich Eigenthümer zur Zeit der Verpfändung war, unbedingt gesichert gegen Jeden, dessen Rechte nicht auf die unten §. 11 f. angegebene Weise gewahrt sind. Wenn man so will, kann man hier sagen: der im Güterbuche Eingetragene gilt in Beziehung auf Verpfändung gegen

---

19) Der Kürze wegen bediene ich mich der allgemeinen Ausdrücke wahren und Wahrung für alle die Fälle, welche unten §. 11 f. zusammengestellt sind, also nicht blos für den Fall, wenn das Recht oder der Anspruch im Güter- oder Unterpfandsbuche vorgemerkt wurde, sondern auch für den Fall, wenn der Besitzer einer Liegenschaft im Güterbuche als Berechtigter eingetragen war und er aus einem Versehen gelöscht wurde oder wenn der Berechtigte die Urkunde der Erwerbung seines Rechts der Pfandbehörde übergeben, über seinen Erwerbungsvertrag das gerichtlichr Erkenntniß erwirkt hatte ꝛc.

solche nicht gewahrte Rechte vermöge einer allen Gegenbeweis ausschließenden Vermuthung als Eigenthümer und zwar

b. gilt er als Eigenthümer ganz in der Weise, wie er im Güterbuche eingetragen ist und auf diesen Eintrag das Unterpfand bestellt wurde. Ist daher Jemand als Berechtigter eingetragen ohne alle Beschränkung: so gilt er auch als unbeschränkt Berechtigter in jener Beziehung, und wird von ihm auf den Grund dieses Eintrags sein eingetragenes Recht zu Unterpfand bestellt: so haftet das Unterpfand auf diesem Rechte gegenüber von Solchen, die ihre entgegengesetzten Rechte nicht gewahrt haben, in der vollen Unbeschränktheit, in welcher das Recht eingetragen ist.

Wenn deßhalb z. B. der Besitzer der verpfändeten Sache beweisen kann, daß er schon zur Zeit der Verpfändung der wahre Eigenthümer der Sache gewesen sey, aber nicht er, sondern der Verpfänder war damals im Güterbuche als Eigenthümer eingetragen und jener Besitzer hatte sein Recht nicht gewahrt (§. 11 f.): so ist das Pfandrecht vollkommen zu Recht beständig und kann gegen den Besitzer und gegen jeden Dritten unbedingt geltend gemacht werden. Ebenso ist es auch mit beschränkenden Rechten Dritter. Wenn z. B. Jemand, welcher unter einer auflösenden Bedingung das Eigenthum einer Sache erworben hat, diese Sache verpfändet, später aber die Bedingung eintritt und dadurch das Eigenthum des Verpfänders rückwärts so, als ob es nie bestanden hätte, aufgelöst wird: so bleibt doch das Pfandrecht an der Sache bestehen und ist auch gegen den Rückerwerber und seine Rechtsnachfolger verfolgbar, wenn der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung ohne alle Beschränkung als Eigenthümer im Güterbuche eingetragen war und der Rückerwerber sein Recht nicht gehörig auf die im §. 13 angegebene Weise gewahrt hatte [20].

Aber diese Grundsätze gelten, was wohl zu beachten ist,

c. blos gegen Solche, die ihr Recht nicht auf die unten angeführte Weise gewahrt haben. Diejenigen, welche ihr Recht gehörig gewahrt haben, sowie ihre Rechtsnach-

---

20) Hiernach enthält der Art. 57 mit seinen Consequenzen eine bedeutende Modification des Art. 8 des Pfandgesetzes. Vrgl. auch Mayer I S. 378.

folger können nicht nur die auf das Güterbuch gegründete pfändung als ungültig angreifen, wenn sich ergibt, daß s keineswegs der im Güterbuche Eingetragene zur Zeit der pfändung die wahren Berechtigten waren, sondern (und dieß wie es scheint, nicht gehörig beachtet) es gilt überhaupt gen sie gar keine auf das Güterbuch zu begründ Präsumtion [20a]. Denn die ganze Regel des Art. 57 wie aus Art. 65—69 und 74 f. und besonders Art. 76 u hervorgeht und wie auch durch die Motive zum Entwurfe Pfandgesetzes und durch die ständischen Verhandlungen bes wird, blos gegen nicht gewahrte Rechte und Anspr Hat daher Jemand seinen Anspruch in der gehörigen Weise wahrt, behauptet er z. B. Eigenthümer einer Sache zu seyn läßt dieß im Güter- oder Unterpfandsbuche vormerken: so k wenn ein Anderer im Güterbuche als Eigenthümer eingetr ist, auf diesen Eintrag im Güterbuche eine Vermuthung geg Jenen nicht begründet werden. Wenn also auf den Nam des im Güterbuche als Eigenthümer Eingetragenen eine Sac verpfändet wird, während jener Dritte seinen Eigenthumsanspr im Güter- oder Unterpfandsbuche vorher vormerken ließ oder d Urkunde der Erwerbung seines Rechts der Pfandbehörde eingehä digt hatte, und der Pfandgläubiger will später gegen diesen Dri ten, der die Sache besitzt, das Pfandrecht geltend machen: handelt es sich lediglich von zwei gleichmäßig gewahrte Rechten, und es muß daher in einem solchen Falle der Gläubig gegen den Besitzer beweisen können, daß der Verpfänder zur Z der Verpfändung wirklich Eigenthümer war, widrigenfalls mit seiner Pfandklage abzuweisen ist. Man kann um so wenig annehmen, daß gegen Denjenigen, der sein Recht gehörig wahr auf das Güterbuch eine Rechtsvermuthung gegründet werd könne, als man ja sonst durch Verstöße und selbst durch Unlaute keiten des das Güterbuch führenden einzelnen Beamten auf Empfindlichste in seinen Rechten zurückgesetzt und verletzt werd könnte, ohne irgend ein Mittel zu haben, sich dagege

---

20a) Viel zu allgemein und unrichtig ist daher namentlich, was Wei haar Handb. §. 479 a. E. sagt.

schützen. Eben die Mittel, die uns hier das Gesetz gegen ergibt, diesen Nachtheil, den in unsren Rechtsverhältnissen ein Eintrag zur Zeit das Güterbuch uns zufügen könnte, an die Hand gibt, sind dern (und die unten ausgeführten Wahrungen. Würden aber nicht einmal t überhaupt gegen den Nachtheil in Beziehung auf die Beweislast schützen: zu begrif wären sie ja in gar vielen Fällen rein illusorisch.

des Art. 3. Noch entsteht die Frage: wie verhält es sich, wenn die s Art. 76 Unterpfandsbehörde an der Richtigkeit des Eintrags im Güter- im Entwurfe che zweifelt, aber dennoch ohne völlige Hebung dieses Zwei- dlungen als eine Unterpfandsbestellung auf den Grund des Eintrags im e und An Güterbuche d. h. auf den Namen des Eingetragenen vollziehb- rigen Wer zweite Absatz des Art. 57 des Pfandgesetzes sagt in dieser che zu s Beziehung:

nerken: „Entsteht über die Richtigkeit dieses Eintrags irgend ein ner einge Zweifel, so kann vor dessen vollständiger Hebung eine Verpfän- tuthung gebung nicht vor sich gehen."

uf den Jedenfalls kommt es nach dieser Bestimmung darauf nicht an, len eine ob gegen den Eintrag an sich ein Zweifel erhoben werden könnte thumsa und sollte, sondern blos darauf, ob wirklich ein Zweifel ent- ließ ver stand, also bei der Pfandbehörde erhoben wurde. Wenn da- rde ein hier die Pfandbehörde nach den ihr zu Gebot stehenden Notizen t diesen allen Grund gehabt hätte, die Richtigkeit des Eintrags in Zwei- mache fel zu ziehen, sie beachtete aber diese Notizen nicht und es ent- e wur stand ihr deßhalb kein Zweifel in der Sache: so ist das auf ei- r Glä nen solchen Eintrag gegründete Pfandrecht an sich gültig; nur der z bleibt natürlich die Pfandbehörde dem dadurch in seinen Rechten genfalls etwa Verletzten verantwortlich, und wenn sie gewahrte Rechte so we übersah: so tritt das oben unter Nr. 2 Ausgeführte ein.

ig we t we Wie ist es aber, wenn die Pfandbehörde wirklich Zweifel lnis hatte, aber dennoch vor gänzlicher Hebung derselben ein Pfand n i bestellte? Nach den Worten des Gesetzes müßte man glau- we ben, es sey nun das bestellte Pfand schon an sich durchaus un- gültig. Denn das Gesetz sagt, es könne in einem solchen Falle die Verpfändung nicht vor sich gehen; was aber rechtlich nicht möglich ist, muß, wenn es factisch doch geschieht, rechtlich wirkungslos seyn.

Allein es ist beim Pfandgesetze, wie schon oben bemerkt

Verhältniſſe zu den Artt. 65 und 74 eine beſondere Bedeutung, deren Grad und Ausdehnung freilich nicht wenig zweifelhaft iſt, und dieſe iſt hier nun zunächſt näher zu unterſuchen und zu beſtimmen.

§. 4. Das Pfandgeſetz beſtimmt nähmlich im Art. 57 Folgendes: „Als Eigenthümer einer unbeweglichen Sache „gilt in Beziehung auf Verpfändung Derjenige, „welcher als ſolcher im Güterbuche eingetragen iſt."

„Entſteht über die Richtigkeit dieſes Eintrags irgend ein „Zweifel, ſo kann vor deſſen vollſtändiger Hebung eine Verpfändung nicht vor ſich gehen."

So einfach und klar dieſe Beſtimmungen auf den erſten Anblick zu ſeyn ſcheinen: ſo ergibt ſich doch bei genauerer Erwägung derſelben, daß ſie manche Zweifel darbieten, wie ſie auch wirklich ſchon vielfach mißverſtanden worden ſind, und daß ſie nur gar zu ſehr, ſowohl an ſich als beſonders in ihrem Verhältniſſe zu anderen Beſtimmungen des Pfandgeſetzes, der Auslegung bedürfen. Zunächſt iſt

1. der Ausdruck Eigenthümer einer unbeweglichen Sache nicht im eigentlichen juriſtiſchen Sinne zu nehmen, ſondern in einem weiteren Sinne; den das Pfandgeſetz überhaupt häufig mit dem Worte Eigenthum verbindet. Im weiteſten Sinne nähmlich wird Eigenthum nicht ſelten gleichbedeutend mit Recht überhaupt genommen und ſo ſpricht das Pfandgeſetz z. B. von Eigenthum an Forderungen, alſo an perſönlichen Rechten

---

„übergaben, Erbſchaften ꝛc. gar nichts enthalten, ſondern auch weil man „nicht die geringſte Garantie habe, daß in denſelben auch nur diejenigen „Contracte, die nach dem Landrecht zum gerichtlichen Erkenntniß gebracht „werden ſollen, vollſtändig eingetragen ſeyen, daß die Regiſter über dieſe „Bücher weder genau noch vollſtändig ſeyen und daß, wenn man die Ge„meinderäthe an dieſe Bücher als die Grundlage der Unterpfandsbücher „verweiſen wollte, man ſich oft der Gefahr ausſetzen würde, Güter, die ein „Schuldner längſt ſchon wieder veräußert hatte, doch noch als deſſen Eigen„thum zu betrachten." Sie trug deßhalb darauf an, die Güterbücher zu der betreffenden Grundlage zu machen, wobei ſie aber allerdings auch dieſe nur „eine ziemlich ſichere Grundlage" nennt und zugibt, daß man auch bei dieſen Büchern keineswegs eine Garantie für ihre Fehlerloſigkeit habe. Der Antrag der Commiſſion ging dann in das Geſetz über.

(z. B. Art. 92); dann bezeichnet es auch einzelne Classen von Rechten durch Eigenthum und so namentlich im Art. 57, wie auch in anderen Artikeln [18], diejenigen Rechte, welche Gegenstand eines Unterpfandes sind, also das (eigentliche) Eigenthum an Liegenschaften und andere dingliche Rechte an Liegenschaften, welche in dieser Beziehung den unbeweglichen Sachen gleichgestellt werden, wie das Zehntrecht, dingliche Rechte auf andere Grundgefälle, Nießbrauch an Grundeigenthum ꝛc. Hiernach entscheidet der Eintrag in das Güterbuch nicht blos über das (eigentliche) Eigenthum Dessen, der eine Liegenschaft verpfänden will, sondern überhaupt über die Existenz des Rechts Dessen, der an einem zur Unterpfandsbestellung geeigneten Gegenstande z. B. einem Nießbrauche, einem Grundzinse ꝛc. ein Unterpfand bestellen will.

2. Auf den ersten Anblick scheint der Art. 57 in seinem ersten Absatze zu sagen: wer als Berechtigter im Güterbuche eingetragen ist, der gilt unbedingt als Berechtigter und nur auf seinen Namen kann ein Unterpfand bestellt werden. Es scheint also in Beziehung auf Verpfändung ganz allgemein eine Rechtsvermuthung für den im Güterbuche Eingetragenen festgestellt zu werden, und wirklich haben auch schon Manche auf diesen Artikel die Behauptung gründen wollen, daß der im Güterbuche als Berechtigter Eingetragene vom Beweise seines Rechts frei sey, weil nach jenem Artikel sein Recht rechtlich vermuthet werde, ja sogar, daß dieses Recht vermöge einer allen Gegenbeweis ausschließenden Fiction als vorhanden anzunehmen sey. Allein dieß ist nur in einer sehr beschränkten Beziehung richtig.

Abgesehen davon, daß nach Art. 57 der im Güterbuche Eingetragene nur in Beziehung auf Verpfändung (von einer Ausdehnung durch das spätere Rechts s. unten §. 17) als Eigen-

18) Pf.G. Art. 3 vrgl. mit 5, 93, 94; Mayer I S. 342 f., Bolley I S. 223 f. Ueberhaupt ist das Pfandgesetz in seiner Terminologie gar zu häufig unbestimmt; so namentlich auch in Beziehung auf die Ausdrücke Besitz und Besitzer, die es oft in ungeeigneter Weise für Recht und Berechtigter nimmt, z. B. Art. 59, 60, 66, so daß man da, wo jene Ausdrücke gebraucht sind, in manchen Stellen sehr zweifelhaft wird, ob sie im eigentlichen Sinne für wirklichen Besitz oder im anomalen für Recht genommen sind.

Ob überhaupt bei einem solchen Widerspruche des Güterbuchs mit seinen Surrogaten auf den Grund der Letzteren eine Verpfändung vorgenommen werden kann, davon wird unten §. 7 näher die Rede seyn. Aber jedenfalls kann es keinen Zweifel leiden, daß die besonderen Vorrechte, die einer auf das Güterbuch gestützten Verpfändung zukommen, bei einer auf die Surrogate desselben gestützten dann für diese nicht eintreten können, wenn diese Surrogate im Widerspruche mit dem Güterbuche selbst stehen, eben weil diesen Surrogaten nicht selbstständig dieselbe Bedeutung beigelegt ist, die der Art. 57 dem Güterbuche beilegt, sie also eine solche Bedeutung nur dadurch bekommen können, daß Derjenige, welcher nach ihnen als der Berechtigte erscheint, von dem im Güterbuche Eingetragenen sein Recht ableitet. Auch sagt keine Stelle des Pfandgesetzes von den Surrogaten des Güterbuches unbedingt Dasselbe, was der Art. 57 vom Güterbuche sagt. Dieß deutet auch der Art. 59 dadurch an, daß er blos verlangt, es sollen jene Urkunden verglichen werden. Ergibt sich bei dieser Vergleichung das Resultat, daß das Recht des im Güterbuche Eingetragenen von Diesem inzwischen auf einen Anderen übertragen wurde: so ist der Letztere so zu behandeln, als ob er im Güterbuche eingetragen wäre; ergibt sich aber daraus (was freilich selten vorkommen wird, aber doch namentlich dann vorkommen kann, wenn der frühere Eintrag im Güterbuche ein fehlerhafter war), daß ein Dritter von einem im Güterbuche nicht Eingetragenen ein Recht auf die Sache herleitet, z. B. die Sache gekauft oder geerbt haben soll: so kann doch dieser Dritte in Beziehung auf Verpfändung nicht in derselben Weise, wie ein im Güterbuche Eingetragener, als Eigenthümer gelten, so lange der Eintrag im Güterbuche besteht und also einer solchen Folgerung widerstreitet. Denn das Vertragsbuch und die Inventur- und Theilungsacten können in der Regel an und für sich das Eigenthum einer Sache gar nicht beweisen, da aus denselben blos hervorgeht, daß man von einem Dritten die Sache gekauft, geerbt ꝛc. habe, nicht aber, daß dieser Dritte Eigenthümer gewesen ist, also nicht, daß man in Folge jenes Kaufes, jener Beerbung ꝛc. wirk-

lich auch das Eigenthum der Sache erworben habe. Wenn nun aber

4. die Pfandbehörde die Ergebnisse dieser Surrogate des Güterbuches nicht beachtete oder die Surrogate nicht nachsah und auf den Namen eines Anderen, z. B. des im Güterbuche Eingetragenen, ein Unterpfand bestellte: so ist eine solche Unterpfandsbestellung zwar an und für sich nicht ungültig; aber die Rechte Dessen, der aus jenen Surrogaten als Erwerber der Sache erscheint und hätte ersehen werden können, z. B. die Sache gekauft, geerbt haben will, gelten dann wenigstens als gewahrt in dem S. 156 entwickelten Sinne, d. h. es kommt nun darauf an, wer der wirkliche Eigenthümer der Sache zur Zeit der Verpfändung war, ob der Verpfänder oder der in den Surrogaten Eingetragene. War der Letztere Eigenthümer der Sache: so ist die Verpfändung ganz ungültig; ist er in den Surrogaten mit einem das Eigenthum beschränkenden dinglichen Rechte eingetragen und dieses Recht begründet gewesen: so ist die Verpfändung nur beschränkt gültig.

Alles dieß ergibt sich aus dem Art. 67, welcher sagt: „So„weit in den, Art. 58 und 59 bezeichneten, Fällen die Stelle „der Güterbücher durch andere öffentliche in den Händen der „Unterpfandsbehörde befindliche Urkunden vertreten wird, kann „es dem Inhaber solcher Rechte, deren Eintragung nicht aus„schließend dem Unterpfandsbuche vorbehalten ist (Art. 160), kei„nen Nachtheil bringen, wenn bei einer Unterpfandsbestel„lung diese Rechte, ungeachtet sie aus jenen Urkunden zu ersehen „gewesen wären, unberücksichtigt geblieben sind."

5. Einen vollen Beweis des in demselben eingetragenen Vertrags gibt das Vertragsbuch (Kauf- oder Contractsbuch) nur dann, wenn der Vertrag in einer nach allgemeinen Grundsätzen beweisenden Form eingetragen wurde (vrgl. auch mein Handbuch B. II §. 60 Nr. III). Davon geht auch das Pfandgesetz ganz unzweifelhaft aus. Denn es wurde bei der Pfandgesetzgebung ausdrücklich verabschiedet, daß in das Vertragsbuch die Verträge urschriftlich eingetragen, somit von den Parthieen selbst im Buche unterzeichnet werden sollen (mein Handb. B. II §. 60), und das Pfandgesetz kann daher, so weit es das Vertragsbuch in irgend einer Beziehung als beweisend behandelt, dasselbe nur unter

dieſer Vorausſetzung ſo behandeln. Wo daher dieſe Vorausſetzung nicht zutrifft (was beinahe überall der Fall ſeyn wird; ſ. mein Handb. B. II §. 60 unter Nr. III) und wo auch das Vertragsbuch nicht einmal eine gehörig beglaubigte Abſchrift des Originalvertrags enthält, da kann ihm keine Beweiskraft zukommen, ſondern dieſe Beweiskraft hat nur der Originalvertrag, der in der Regel als Anlage beim Vertragsbuche aufbewahrt wird. Aber jedenfalls hat das Vertragsbuch die Bedeutung, daß das Recht, welches in demſelben eingetragen iſt, in dem oben S. 156 entwickelten Sinne als gewahrt gilt.

6. Von ſelbſt verſteht es ſich, daß, wenn in den genannten Urkunden ſelbſt ſchon ein Grund liegt, anzunehmen, das zu verpfändende Recht ſey auf den Erwerber noch nicht wirklich übergegangen, auf jene Urkunden eine Verpfändung nicht gegründet werden kann. Denn wenn z. B. aus den Theilungsacten ſich ergibt, daß Jemanden von dem im Güterbuche eingetragenen Erblaſſer ein Gut unter einer Bedingung vermacht wurde: ſo kann auf den Namen dieſes Vermächtnißnehmens eine Verpfändung jenes Gutes ſo lange nicht vorgenommen werden, bis die Bedingung wirklich eingetreten iſt, und wird ſie doch vorher vorgenommen: ſo iſt die Verpfändung nichtig. Eine Ausnahme macht blos der anomale, S. 145 f. näher entwickelte, Fall.

7. Der Art. 59 ſagt blos, es ſollen die Kaufbücher und die Inventur- und Theilungsacten „von dem neueſten Zeitraume“ verglichen werden. Dieſe Beſtimmung erklärt ſich zunächſt dadurch, daß die zur Kenntniß der Behörde kommenden Veränderungen in den rechtlichen Verhältniſſen an Liegenſchaften nicht durchaus ſofort, ſondern zum Theile erſt nach beſtimmten Zeiträumen im Güterbuche eingetragen werden. Ohne Zweifel iſt daher unter dem neueſten Zeitraume nur die Zeit von der letzten durchgängigen und allgemeinen Richtigſtellung des Güterbuchs an zu verſtehen. Allein hier entſtehen folgende Fragen:

a. Nach der beſtehenden Vorſchrift ſoll dieſe allgemeine Richtigſtellung jedenfalls je nach der Größe der Gemeinde theils nach drei, theils nach ſechs Monaten, theils ſpäteſtens bis zum 30. Junius jeden Jahres geſchehen (Note 23). Allein dieſe Vorſchrift

wird nicht immer eingehalten. Gewiß kann es aber nicht der Sinn des Gesetzes seyn, blos jenen vorschriftmäßigen Zeitraum zu meinen, sondern eben überhaupt den Zeitraum, der von der Zeit an verstrich, in welcher zum letzten Male die allgemeine Richtigstellung des Güterbuchs wirklich vorgenommen wurde.

b. Die Pfandbehörde ist verbunden, jene Urkunden blos aus dem eben genannten neuesten Zeitraume zu vergleichen. Sie ist also außer Verantwortung, wenn sie dieß gethan hat, ein Dritter nach den Urkunden aus diesem Zeitraume nicht als Berechtigter erscheint und sie deßhalb auf den Grund des Güterbuchs ein Unterpfand auf den Namen des in diesem Eingetragenen bestellt, es sich aber später zeigt, daß der Eintrag im Güterbuche ein unrichtiger war, und nach dem Vertragsbuche aus einem früheren Zeitraume, als dem von der letzten Richtigstellung des Güterbuchs an verflossenen, ein Dritter als Berechtigter erscheint und dieser wirklich auch der Berechtigte war. Denn die Pfandbehörde ist in einem solchen Falle blos an das Güterbuch gewiesen, da aus den Vertragsbüchern und Inventur- und Theilungsacten des neuesten Zeitraumes, die sie allein zu vergleichen hatte, sich nicht ein Dritter als berechtigt ergab. Auch ist die Behörde dem Pfandgläubiger, der dadurch in seinen Rechten etwa verletzt wird, nicht verantwortlich. Wohl aber kann der Pfandgläubiger in einem solchen Falle um seine ganze Sicherheit kommen, sein Pfandrecht ein ganz ungültiges seyn. Aus dem Art. 68 des Pfandgesetzes nämlich ergibt sich, daß das Recht Desjenigen, welcher nach den Vertragsbüchern und Inventur- und Theilungsacten früherer Zeiträume eine Erwerbung gemacht hat, als gewahrt gilt (im Sinne der Note 19; s. unten §. 12 Nr. 2). Wenn daher z. B. in einem solchen Falle auf den Namen des im Güterbuche Eingetragenen ein Pfandrecht an der Sache bestellt, aber dabei ein im älteren Vertragsbuche eingetragenes oder aus älteren Inventur- und Theilungsacten sich ergebendes Recht nicht beachtet wurde: so tritt ganz das S. 156 Ausgeführte ein.

§. 6. Die Beachtung der angeführten Surrogate des Güterbuches (Vertragsbuch und Inventur- und Theilungsacten aus dem neuesten Zeitraume) kann jedoch bei unsren bestehenden Ein-

richtungen nicht genügen. Neue Erwerbungen, welche in Folge eines zu insinuirenden Vertrags geschehen, werden nicht immer sofort nach der Insinuation und dem erfolgten gerichtlichen Erkenntnisse in das Vertragsbuch eingetragen; es kann sogar Monate lang anstehen, bis dieser Eintrag geschieht; die Inventur- und Theilungsacten aber sind keineswegs eine vollständige Ergänzung des Vertragsbuchs, d. h. sie geben nicht über alle übrige mögliche Erwerbungen und Veräußerungen dinglicher Rechte Auskunft; auch treten die Erwerbungen durch Heirathsgutsbestellung, durch Antretung von Erbschaften, durch Vermächtnisse, Vermögensübergaben, Veräußerungsverträge bei Erbtheilungen ꝛc. in der Regel lange vorher ein, ehe die betreffenden Inventur- und Theilungsacten in die Hände der Unterpfandsbehörde kommen, selbst auch ehe sie nur gefertigt werden. Deßhalb gestattet der Art. 60 des Pfandgesetzes [29] eine Verpfändung auch auf andere Grundlagen, als das Güterbuch (§. 4) und seine nächsten Surrogate (§. 5).

Es kann nämlich hiernach (s. Note 29) ein „neuer, im Güterbuche noch nicht laufender, Erwerber" eines verpfändbaren Rechts dieses Recht zu Unterpfand bestellen:

a. wenn die Erwerbung in Folge eines gerichtlich zu insinuirenden [30] Vertrags geschah, sobald über den Vertrag obrigkeitlich erkannt ist, oder

b. wenn die Erwerbung nicht in Folge eines solchen Vertrags geschah, sobald „die Urkunde der Erwerbung in Urschrift „oder in beglaubigter Abschrift der Unterpfandsbehörde eingehändigt worden ist" [31].

---

29) Dieser Art. 60 sagt: „Unter dem Namen des neuen, im Güterbuche „noch nicht laufenden Erwerbers eines Guts darf kein Unterpfand bestellt „werden, so lange nicht über den Vertrag, wodurch die Erwerbung geschehen, „obrigkeitlich erkannt, oder da, wo es eines Erkenntnisses nicht bedarf, die „Urkunde der Erwerbung, in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift, der „Unterpfandsbehörde eingehändigt worden ist. Durch ein gegen diese Vor„schrift bestelltes Unterpfand können die Rechte des bisherigen Besitzers nicht „gefährdet werden."

30) Dieß ist in der Regel bei jedem Vertrage der Fall, welcher Begründung, Veräußerung oder Aufgebung eines dinglichen Rechts an einer Liegenschaft betrifft; mein Handb. B. I. S. 303 f.; S. 487 f.

31) Unter Urkunde der Erwerbung ist nicht blos eine solche Urkunde

Zur näheren Erklärung und Bestimmung dieser Ausnahme ist zu bemerken:

1. Das Gesetz spricht blos von einem neuen Erwerber. Es setzt deßhalb voraus, daß das zu verpfändende Recht von dem Verpfänder auf die Weise wirklich schon erworben worden sey, welche zur Verpfändung befugt. Welche Weise dieß sey, sagt der Art. 6 des Pfandgesetzes. Nach diesem Artikel kann (mit einer Ausnahme S. 143) nur Derjenige die Verpfändung einer Liegenschaft oder eines an eine fremde Liegenschaft gehenden dinglichen Rechts vornehmen, der zur Zeit der Verpfändung schon jenes Eigenthum der Liegenschaft oder dieses anderweite dingliche Recht erworben hatte. Es setzt daher der Art. 60, wenn seine Bestimmung anwendbar seyn soll, voraus, daß der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung wirklich Eigenthümer (im weiteren Sinne des Pfandgesetzes S. 154) gewesen sey. Erst wenn er dieses wirklich war und dann das vorhin unter a oder b angeführte Erforderniß noch hinzu kommt, kann die Verpfändung vor sich gehen. Nur in dem oben S. 143 f. entwickelten Falle ist eine Verpfändung auch noch vor der wirklichen Erwerbung des Eigenthums zulässig.

2. Dabei entsteht aber die Frage: setzt der Art. 60 zu seiner Anwendbarkeit voraus, daß der in demselben bezeichnete neue im Güterbuche noch nicht laufende Erwerber ein Solcher seyn müsse, der sein Recht von dem im Güterbuche Eingetragenen unmittelbar oder mittelbar herleitet? — Wenn sich aus der übergebenen Urkunde ergibt, daß er sein Recht von dem Eingetragenen herleitet: so hat die Sache natürlich keinen Anstand; es gilt dann von dem auf den Namen eines solchen neuen Erwerbers bestellten Unterpfande durchaus Das, was von dem auf den Grund des Güterbuchs bestellten Unterpfande gilt, also das S. 156 f. Ausgeführte. Aber wie ist es, wenn er seine Erwer-

---

zu verstehen, durch welche die Erwerbung wirklich vermittelt wird, wie ein Testament, in welchem das Grundstück vermacht oder der Verpfänder zum Erben eingesetzt ist, sondern auch eine solche, welche überhaupt ein gültiges Beweisdocument seines schon früher erworbenen Rechts bildet, wie die Theilungsacten, Inventare, die Ausfertigung eines rechtskräftigen Urtheils, in welchem er als Eigenthümer anerkannt ist, u. dgl.

bung nicht von dem im Güterbuche Eingetragenen herleitet und die Pfandbehörde sich überzeugt, daß der Eintrag im Güterbuche ein unrichtiger ist? Und wie ist es, wenn die Pfandbehörde die Erfordernisse des Art. 60 nicht beachtet und einen Solchen, der die Urkunde seiner Erwerbung ihr noch gar nicht übergeben hat oder keine beizubringen vermag, von dem sie aber vollkommen überzeugt ist, daß er Eigenthümer des Gutes sey, und der etwa auch das Gut besitzt und an dessen Eigenthum in der Gemeinde nicht gezweifelt wird, als Verpfänder zuläßt und auf seinen Namen ein Unterpfand bestellt?

§. 7. Dieß führt auf die wichtige, aber auch sehr zweifelhafte Frage, ob ein solches im Widerspruche mit dem Eintrage im Güterbuche oder ein im Widerspruche mit den angeführten Forderungen des Art. 60 bestelltes Unterpfand nicht schon an und für sich eben dieses Widerspruches wegen vollkommen ungültig ist, und wenn dieß nicht der Fall seyn sollte, welche Wirkung ein solches Unterpfand hat.

Das Pfandgesetz würde dann Consequenz haben, wenn es sich, da es einmal in den Artt. 56 und 57 das Güterbuch für die Grundlage des Unterpfandsbuchs erklärt, auf den Grundsatz beschränkt hätte, daß ein Unterpfand nur bestellt werden dürfe entweder auf den Namen des im Güterbuche als Eigenthümer Eingetragenen oder auf den Namen eines neuen Erwerbers, welcher von dem im Güterbuche Eingetragenen sein Recht ableitet, falls dieses Recht ersichtlich ist entweder aus dem Vertragsbuche oder den Inventur- und Theilungsacten oder aus dem, den Erwerbungsvertrag betreffenden, gerichtlichen Erkenntnisse oder den der Pfandbehörde eingehändigten Erwerbungsurkunden, und daß jedes auf eine andere Grundlage bestellte Unterpfand schon an und für sich nichtig sey. Bei einer solchen Bestimmung wären dann die Ausnahmen, die es von der Regel des Art. 57 macht, nicht eigentlich Alterationen dieser Regel, sondern würden auf das Güterbuch als die Grundlage immer wieder zurückführen. Allein bei dieser Consequenz blieb das Pfandgesetz keineswegs. Zunächst hält es

1. nicht einmal an den Erfordernissen des Art. 60 fest. Nach der Fassung der ersten Periode des Art. 60 (Note 29)

darf kein Unterpfand beſtellt werden unter dem Namen eines neuen im Güterbuche noch nicht laufenden Erwerbers, ſo lange nicht über den Erwerbungsvertrag gerichtlich erkannt oder die Erwerbungsurkunde in Urſchrift oder beglaubigter Abſchrift der Pfandbehörde eingehändigt worden iſt. Hiernach ſollte man meinen, daß ein neuer Erwerber, der dieſe Bedingungen nicht erfüllt hat, gar nicht verpfänden könne und ein auf ſeinen Namen beſtelltes Unterpfand ſchon an und für ſich nichtig ſey. Allein der Art. 60 fügt jener Beſtimmung die Worte bei: „Durch „ein gegen dieſe Vorſchrift beſtelltes Unterpfand können die Rechte „des bisherigen Beſitzers nicht gefährdet werden.“ Hieraus ergibt ſich alſo ganz unläugbar, daß ein gegen dieſe Vorſchriften beſtelltes Unterpfand doch gültig iſt; nur kann es nicht zum Nachtheile der Rechte (z. B. der etwa vorbehaltenen Rechte) des Veräußerers geltend gemacht werden. Freilich iſt es ſehr zu mißbilligen, wenn ein Geſetz auf ſolche Weiſe ſich ausdrückt, wenn es ſagt, es dürfe kein Pfand beſtellt werden, ſobald nicht gewiſſe Vorausſetzungen vorhanden ſeyen, und hinterher doch auch ohne dieſe Vorausſetzungen die gültige Beſtellung des Pfandes zugibt.

Natürlich gilt aber in einem ſolchen Falle das Unterpfand nur dann, wenn die allgemeine Bedingung des Art. 6 vorhanden iſt, d. h. wenn erwieſen werden kann, daß der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung wirklich Eigenthümer der Sache war. Leitet er in einem ſolchen Falle ſein Recht von dem im Güterbuche als Eigenthümer Eingetragenen erweislich her: ſo müſſen ſeinem Pfandgläubiger auch die Vortheile zu gut kommen, die einem auf den Grund des Güterbuchs beſtellten Unterpfande vom Geſetze beigelegt ſind. Wenn daher z. B. der A im Güterbuche als Eigenthümer eines Gutes eingetragen iſt, er daſſelbe an B verkauft und dieſem ſofort übergibt, der Vertrag aber nicht gerichtlich inſinuirt wird und nun nach einiger Zeit der B das Gut verpfänden will und die Pfandbehörde an der Verpfändung keinen Anſtand nimmt, weil jener Verkauf notoriſch, der B ihr ſomit als Eigenthümer bekannt iſt: ſo gilt in einem ſolchen Falle das Unterpfand und zwar mit den oben S. 156 ausgeführten näheren Beſtimmungen; nur kann es zum Nachtheile von etwa

vorbehaltenen Rechten des Veräußerers nicht geltend gemacht werden [32].

2. Wie ist es aber zu halten, wenn in solchen Fällen oder überhaupt der Verpfänder sein Recht an der Sache, die er verpfänden will, nicht von dem im Güterbuche Eingetragenen herleitet, also die Pfandbehörde den Eintrag im Güterbuche ganz übersieht, oder sie ihn zwar beachtet, aber Zweifel gegen seine Richtigkeit hat (Art. 57) und sich am Ende überzeugt, daß nicht dem Eingetragenen die Sache gehört, sondern einem Dritten, und nun auf dessen Namen und Verlangen das Unterpfand bestellt? Ist ein solches Unterpfand schon an sich nichtig?

Daß es nichtig sey, scheint Mayer I S. 338 f. zu behaupten, aber freilich mit einer Beschränkung, von der schon Bolley bemerkt, daß sie nach Mayer's Prämissen sich nicht rechtfertigen lassen würde. Auch scheint Mayer in anderen Stellen (namentlich I S. 332 f., II S. 155 f.) dem Eintrage in das Güterbuch den Fall, wenn der Verpfänder die Urkunde seiner Erwerbung der Pfandbehörde übergeben hat, ohne Rücksicht, ob er sein Recht von dem im Güterbuche Eingetragenen ableitet oder nicht, so völlig gleichzustellen (was Derselbe B. II S. 156 unter III sagt, weiß ich übrigens mit diesen Prämissen nicht zu vereinigen), daß am Ende seine Ansicht von der Bolley's sich im Wesentlichen nicht zu unterscheiden scheint. Bolley I S. 240 f. nämlich behauptet, daß das Pfand keineswegs an sich nichtig sey, und mit ihm scheint übereinzustimmen Reyscher Württemb. Privatr. §. 311 Note 2. Sehr schwankend und unbestimmt, so daß ein sicheres Resultat über seine Ansicht nicht zu entnehmen ist, äußert sich über die Frage Welshaar Handb. II §. 481.

Auf den ersten Anblick scheint die Frage verneint werden zu müssen. Denn nach dem Art. 57 des Pfandgesetzes gilt in Beziehung auf Verpfändung als Eigenthümer einer Liegenschaft Der, welcher als Solcher im Güterbuche eingetragen ist. Hiernach sollte man meinen, daß jeder Andere, der nicht von Diesem sein Recht ableitet, in Beziehung auf Verpfändung nicht als

---

32) Vrgl. auch Bolley I S. 29.

Eigenthümer gelte, sowit, da nur ein Eigenthümer verpfänden kann, gar kein gültiges Unterpfand bestellen könne, sollte er auch in der That der Eigenthümer seyn, eben weil in Beziehung auf Verpfändung nur der im Güterbuche Eingetragene als Eigenthümer gilt. Gegen ein solches Resultat würde man auch Das nicht einwenden können, was Bolley 1 S. 241 einwendet, wenn er sagt, daß man dabei „zu dem auffallenden Ergebnisse kommen „würde: der formelle (fingirte) Eigenthümer, d. h. Derjenige, „welcher als Solcher im Güterbuche angegeben ist, darf ein „Gut nicht verpfänden, weil es sich zeigt, daß er nicht wirk„licher Eigenthümer ist. Aber auch der anerkannt materielle „Eigenthümer darf es nicht thun, weil er im Güterbuche nicht „eingetragen ist. Mithin ist ein solches Gut, rücksichtlich dessen „eine Unrichtigkeit im Güterbuche sich zeigt, ganz unverpfändbar!" Denn es wäre nicht auffallend, wenn das Gesetz bestimmen würde, die Pfandbehörde solle auf den Namen des Eingetragenen keine Verpfändung vornehmen, sobald sie anzunehmen Ursache hat, der Eintrag sey unrichtig; sie dürfe aber auch auf den Namen des Nichteingetragenen, der nicht vom Eingetragenen sein Recht ableitet, eine Verpfändung nicht vornehmen, eben weil er nicht eingetragen sey; in einem solchen Falle müßte eben die Verpfändung so lange im Anstande bleiben, bis der Eintrag im Güterbuche rectificirt ist. Wirklich wäre auch eine solche Bestimmung legislativ vorzuziehen und die einfachere und consequentere, wenn man einmal dem Güterbuche eine besondere Bedeutung bei der Unterpfandsbestellung beilegen will.

Allein nach unserm Gesetze wird doch wohl angenommen werden müssen, daß eine Unterpfandsbestellung an sich zulässig ist, wenn sie auch im Widerspruche mit dem Eintrage im Güterbuche vorgenommen wurde.

Ist nämlich die Ausführung S. 156 f. richtig; so gilt der im Güterbuche als Eigenthümer Eingetragene nicht unbedingt gegen jeden Dritten als Eigenthümer; er gilt vielmehr unbedingt als Eigenthümer nur gegenüber von Solchen, welche ihre Rechte nicht gewahrt haben, keineswegs aber gegenüber von Solchen, welche sie gewahrt hatten. Hat daher der im Güterbuche nicht Eingetragene, welcher Eigenthümer der

Sache zu seyn behauptet, sein Recht gewahrt, z. B. die Erwerbungsurkunde der Pfandbehörde übergeben oder sein Recht im Güterbuche oder Pfandbuche vormerken lassen: so kommt es in seinem Verhältnisse zu dem Eingetragenen lediglich darauf an, welcher von ihnen der wahre Berechtigte ist (S. 156). Es muß deßhalb, wenn sich die Pfandbehörde davon überzeugt, daß Derjenige, welcher sein Recht gewahrt hatte, wirklich der wahre Berechtigte sey, eine Unterpfandsbestellung auf dessen Namen an sich eben so zulässig seyn, als eine Unterpfandsbestellung auf den Namen des im Güterbuche Eingetragenen; sie kann nicht blos und allein deßhalb, weil der Verpfänder nicht im Güterbuche eingetragen ist, schon an sich ungültig seyn [33].

Freilich ist es möglich, daß die Pfandbehörde sich täuschte, daß sie den Eintrag im Güterbuche mit Unrecht für unrichtig und den Dritten, der sein angebliches Recht gewahrt hatte, mit Unrecht für den Eigenthümer hielt. In einem solchen Falle würde dann allerdings das auf den Namen des Dritten bestellte Unterpfand nichtig seyn, aber nicht, weil es im Widerspruche mit dem Eintrage im Güterbuche bestellt wurde, sondern weil der Verpfänder nicht Eigenthümer der Sache war. Besser wird in solchen Fällen die Pfandbehörde immerhin daran thun, kein Unterpfand zu bestellen, bis der Eintrag im Güterbuche geändert ist oder bis wenigstens der Streit über das Eigenthum rechtskräftig entschieden ist.

Nach dieser Ausführung würden die Artt. 56—60 des Pfandgesetzes zunächst als Vorschrift für die Pfandbehörde den Sinn haben: Die Pfandbehörde hat sich bei ihrer Verantwortlichkeit darüber möglichst Gewißheit zu verschaffen, daß der Verpfänder zur Zeit der beabsichtigten Verpfändung wirklich Eigenthümer der betreffenden Sache sey. Hierbei hat sie zunächst und hauptsächlich das Güterbuch und dessen Surrogate zu beachten und kann dann auf diese Quellen hin, wenn sich dabei kein Zweifel ergibt, unbedenklich die Verpfändung vornehmen; ergibt sich aber ein Zweifel: so hat sie diesen weiter zu verfolgen und über-

33) Für die Zulässigkeit der Unterpfandsbestellung in solchen Fällen ist auch entschieden schon die Hauptinstruction §. 24. S. auch Bollen I S. 212.

zeugt sie sich dabei, daß nicht der im Güterbuche oder in dessen Surrogaten Eingetragene, sondern ein dritter Nichteingetragener der wahre Berechtigte sey: so kann sie, wenn dieser Dritte verpfänden will, auf dessen Namen das Unterpfand bestellen; sie muß aber, wenn sie vor Verantwortlichkeit gesichert seyn will, den Pfandgläubiger von dem entgegengesetzten Eintrage im Güterbuche in Kenntniß setzen und soll jedenfalls nicht eher verpfänden, als bis der Dritte die Urkunde seiner Erwerbung in ihre Hände gebracht hat. Aber auch wenn das Letztere nicht der Fall ist, gilt zwar das Pfandrecht an sich (vorausgesetzt, daß der Verpfänder Eigenthümer der Sache ist); nur kann es nicht zum Nachtheile der etwaigen Rechte Dessen, der an den Verpfänder die Sache veräußert hatte, geltend gemacht werden (Pfandgesetz Art. 60 a. E.). Auch mußte das Recht des Verpfänders jedenfalls gewahrt gewesen (Note 19) seyn; denn ein Eigenthümer, der sein Recht gar nicht gewahrt hat, gilt, wenn ein Anderer im Güterbuche als Eigenthümer eingetragen ist, in Beziehung auf Pfandrechtsverhältnisse gar nicht als berechtigt, als gar nicht existirend.

Aber, möchte man einwenden, dadurch verliehrt der Eintrag in das Güterbuch und der Art. 57 des Pfandgesetzes alle Bedeutung, wenn eben so gut auf den Namen eines Nichteingetragenen, falls dieser nur sein Recht gewahrt hat, ein Unterpfand gültig bestellt werden kann, als auf den Namen des Eingetragenen. Allein dem ist doch nicht so.

Zwar nach der Darstellung von Bolley I. S. 247 f. (vergl. Denselben auch I. S. 305 Nr. 4 u. S. 318) scheint dieß allerdings so zu seyn. Bolley behandelt ein von einem Nichteingetragenen bestelltes Unterpfand, wenn er nur die Urkunde der Erwerbung seines Rechts der Pfandbehörde übergeben hatte (noch weiter scheint er S. 305 und 318 zu gehen), ganz wie ein von dem im Güterbuche Eingetragenen bestelltes Unterpfand. Allein abgesehen davon, daß wenn dieses richtig wäre, auch jede andere zulässige Währung des Rechts, z. B. auch die Vormerkung des Rechts im Pfand- oder Güterbuche, nicht blos die durch Uebergabe der Erwerbungsurkunde geschehene, die gleiche Wirkung haben müßte, ja daß Bolley, wenn er seine Ansicht auf

Art. 60 des Pfandgesetzes stützt, das Gleiche überhaupt bei jedem Verpfänder gelten lassen müßte (s. Note 34), er somit auf das S. 131 berührte Resultat kommen würde: so wird nirgends im Pfandgesetze der Uebergabe der Erwerbungsurkunde an und für sich allein dieselbe Wirkung, wie dem Eintrage in das Güterbuch zugeschrieben (wenn nicht aus der Urkunde hervorgeht, daß der Uebergebende sein Recht von dem im Güterbuche Eingetragenen herleitet). Es müßte nach der Ansicht Bolley's der Art. 57 des Pfandgesetzes so lauten: „Als Eigenthümer gilt nicht blos der im Güterbuche Eingetragene und Derjenige, welcher von Demselben sein Recht ableitet (Art. 59, 60), sondern auch Derjenige, welcher die Urkunde der Erwerbung seines Rechts der Pfandbehörde übergeben hat, sollte er auch von dem im Güterbuche Eingetragenen sein Recht nicht ableiten." Allein so kann man den Art. 57, selbst unter Bezugnahme auf Art. 60, nicht auslegen; auch müßte nach jener Ansicht Das wohl etwas modificirt werden, was Bolley I S. 246 sagt. Und wie soll es seyn, wenn etwa die übergebene Erwerbungsurkunde unächt oder gefälscht ist oder aus ihr gar nicht zu entnehmen ist, ob Derjenige, von welchem der Uebergebende sein Recht ableitet, irgend ein Recht an der Sache hat (z. B. B ist im Güterbuche als Eigenthümer eines Gutes eingetragen, C aber bringt einen Kaufbrief bei, nach welchem er dieses Gut von dem X erkaufte), und auf diese Urkunde hin ein Unterpfand bestellt wird und der Gläubiger im guten Glauben war? Soll nun einer solchen Urkunde ganz dieselbe Wirkung zukommen, wie einem Eintrage in das Güterbuch? Würde man dieß bejahen, würde man also behaupten, daß hier unbedingt die Artt. 65 f. und 74 des Pfandgesetzes anwendbar seyen, daß somit ein auf eine solche Urkunde hin bestelltes Unterpfand gegen den wahren Eigenthümer der Sache, der weder im Güterbuche eingetragen ist noch sein entgegenstehendes Recht gewahrt hat, unbedingt gültig und verfolgbar sey: so müßte man noch weiter gehen, als es Bolley thut, d. h. jedes Unterpfand, das in Folge eines Erkenntnisses der Behörde bestellt ist, auf welcher Grundlage auch die Behörde sich vom Rechte des Verpfänders überzeugt haben mochte, unbedingt für gültig erklären gegen

Jeden, der sein Recht nicht gewahrt hat. Allein, wie schon oben bemerkt wurde, bei dieser Ansicht wäre dann die Bestimmung des Art. 57 gar nicht zu erklären; es wäre dann gar nicht einzusehen, welche besondere Bedeutung das Güterbuch haben sollte, und doch will offenbar unser Gesetz dem Güterbuche eine besondere Bedeutung beilegen.

Hiernach weiß ich die Sache nicht anders zu erklären, als auf folgende Weise:

a. Wenn Derjenige ein Unterpfand bestellt, welcher zur Zeit der Verpfändung im Güterbuche als Eigenthümer eingetragen ist (Pfandges. Art. 57) oder von dem Eingetragenen sein Recht ableitet (Pfandges. Art. 59, 60): so gilt das Unterpfand ganz unbedingt gegen Jeden, der sein Recht nicht gewahrt hat, sollte auch später erwiesen werden, daß der Eingetragene gar nicht Eigenthümer der Sache war,

b. Wird aber ein Unterpfand bestellt von Demjenigen, der im Güterbuche nicht als Eigenthümer eingetragen ist noch von dem Eingetragenen sein Recht ableitet, sondern nur auf andere Weise sein angebliches Recht gewahrt hat: so gilt das Unterpfand nur dann, wenn er wirklich Eigenthümer zur Zeit der Pfandbestellung war. Ist daher ein Dritter der wahre Eigenthümer: so gilt das Unterpfand nichts, sollte auch der Dritte sein Recht nicht gewahrt haben. Zwar soll nach Art. 65 des Pfandgesetzes, wer ein Unterpfand erwirbt, gegen alle Rechte gesichert seyn, welche zur Zeit der Erwerbung nicht gewahrt gewesen sind. Allein dieser Artikel setzt ja voraus, daß der Gläubiger das Unterpfand erworben habe; zur Erwerbung des Unterpfandes aber gehört nach Art. 5 und 6, daß der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer gewesen ist, und eine unbedingte Vermuthung des Eigenthums gegen jeden Dritten, der sein Recht nicht wahrte, setzt das Pfandgesetz blos für den im Güterbuche eingetragenen Verpfänder fest, nicht aber auch für andere Verpfänder. Wird deßhalb auf den Namen eines Anderen die Sache verpfändet: so hängt die Gültigkeit des Pfandrechts ganz davon ab, ob er wirklich Eigenthümer gewesen ist. Ist er dieses gewesen: so gelten dann allerdings im Uebrigen die Artt. 65 u. 74, d. h. der Pfandgläubiger

ist dann gegen alle Rechte und Ansprüche Dritter, die sonst dem Pfandrechte Eintrag thun könnten, geschützt, wenn sie nicht gewahrt sind, z. B. wenn der wahre, aber widerrufliche, Eigenthümer verpfändet und das Recht des Dritten, an den unter gewissen Umständen das Eigenthum der Sache zurückfallen soll, nicht gewahrt ist: so bleibt das Pfandrecht gültig, wenn auch der Rückfall eintritt [34].

---

34) Daß dieses Resultat ganz zweifellos sey, will ich keineswegs behaupten, wie überhaupt beim Pfandgesetze, wenn man genauer auf dasselbe eingeht, gar viele Zweifel sich ergeben. Möglicherweise läßt das Pfandgesetz in der fraglichen Beziehung drei Deutungen zu: 1. die im Texte Ausgeführte, 2. die Deutung: nur der im Güterbuche Eingetragene und wer von ihm sein Recht ableitet ist zu einer Verpfändung befugt; jede andere Verpfändung ist schon an sich null und nichtig, also auch, wenn der wahre aber nicht eingetragene Eigenthümer verpfändet, mag er sein Recht gewahrt haben oder nicht. Allein gegen diese Deutung spricht das S. 171 f. Ausgeführte. 3. Die dritte mögliche Deutung ist die S. 151, 176 angedeutete Ansicht. Allein mit dieser Ansicht weiß ich den Art. 57 nicht zu vereinigen; denn nach ihr hätte dann das Güterbuch gar keine besondere Bedeutung. Daß aber das Güterbuch eine ganz besondere Bedeutung haben sollte, geht aus der S. 153 angef. Stelle der Motive, aus den ständischen Verhandlungen, aus dem Pfandgesetze selbst und auch noch besonders aus dem leidigen Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes hervor. Namentlich ergibt sich aus diesem Art. 15 wohl ganz unläugbar, daß eine bloße übergebene Erwerbungsurkunde nicht dieselbe Bedeutung haben kann, wie der Eintrag im Güterbuche; denn sonst würde in jenem Art. 15 auch noch auf den Art. 60 des Pfandgesetzes verwiesen worden seyn. Auch kann die von Bolley behauptete Wirksamkeit der Uebergabe der Erwerbungsurkunde schon um deßwillen nicht auf den Art. 60 des Pfandgesetzes gestützt werden, weil ja dieser Artikel in seinem Schlußsatze auch eine Verpfändung zuläßt, wenn die Urkunde gar nicht übergeben ist, und (abgesehen von den Rechten des Veräußerers) diesen Fall im Uebrigen eben so behandelt, wie den Fall, wenn die Urkunde übergeben war.

Uebrigens sollten solche Zweifel möglichst bald durch die Gesetzgebung entschieden werden. Die beste Gelegenheit hiezu würde die bevorstehende Berathung der bei den Ständen eingebrachten Entwürfe eines Gesetzes über die Anwendung des allgemeinen Pfandgesetzes auf exemte Güter und eines Zusatzgesetzes zum Pfandgesetze darbieten, und es wäre in der That dringender, solche zweifelhafte Fragen unsrer Pfandgesetzgebung zu entscheiden, als sich auf die untergeordneteren zu beschränken, mit welchen der letztere Entwurf sich beschäftigt. Will man bei einer solchen legislativen Entscheidung an den Be-

3. Wie ist es, wenn der im Güterbuche Eingetragene, welcher eine Sache verpfändet, nicht Eigenthümer war, später aber, nach der Verpfändung, das Eigenthum erwirbt?

Durch eine solche spätere Eigenthumserwerbung soll nach Bolley II S. 1117 das Unterpfand erhalten werden. Allein man wird hier wieder unterscheiden müssen. Hatte zur Zeit jener Verpfändung der wahre Eigenthümer sein Recht nicht gewahrt gehabt: so gilt das Unterpfand unbedingt, mag der Verpfänder das Eigenthum erwerben oder nicht (S. 177 Lit. a). Hatte er aber sein Eigenthum zur Zeit der Verpfändung gewahrt gehabt,

---

stimmungen der Artt. 65 f. und 74 des Pfandges. festhalten, was wohl ohne Zweifel geschehen würde, obwohl dieß manche Bedenken hätte (oben S. 150): so sollte man wenigstens den S. 152 f. bezeichneten Weg einschlagen d. h. auf das Güterbuch gar keine besondere Präsumtion gründen, sondern diese Präsumtion an die Unterpfandsbestellung knüpfen, also den Grundsatz aufstellen, daß jedes von der Pfandbehörde in Folge ihres collegialischen Beschlusses in das Pfandbuch eingetragene Unterpfand, soweit es sich von der Frage handelt, ob und wie weit der Verpfänder Eigenthümer der zu verpfändenden Sache war, in keiner Weise angefochten werden könne, außer auf den Grund eines Rechts, das vor der Verpfändung gehörig gewahrt wurde. Als gehörige Wahrung aber sollte man blos gelten lassen eine in das Güter- oder Pfandbuch wirklich eingetragene Vormerkung des Rechts, so daß jeder Pfandgläubiger von der Wahrung Kenntniß sich verschaffen kann. Würde man diese Grundsätze annehmen: so würde man auch über eine mit der Kammer der Standesherrn entstandene Differenz wegen Errichtung von Güterbüchern über die exemten Güter hinwegkommen. Der Zwang zu sofortiger Errichtung umfassender vollständiger Güterbücher über exemte Besitzungen würde dann nicht mehr nothwendig seyn; denn es würde eben jede Verpfändung auf die Gefahr des dritten Berechtigten geschehen, wenn er sein Recht nicht im Güter- oder Pfandbuche hätte vormerken lassen, also zu seinem Nachtheile gültig seyn, wenn er sich, was ja von ihm abhängt, nicht gehörig vorgesehen hätte. — Das was die zur Begutachtung des oben angef. Entwurfes niedergesetzte Commission der Kammer der Abgeordneten in den Verhandlungen der Letzteren von 1841—43 I Beil.H. Abth. 3 S. 636, 637 für die Wichtigkeit und Nothwendigkeit der Errichtung von Güterbüchern anführt, sehe ich nicht recht ein. Denn die Gefahren, von welchen dort die Rede ist, bestehen ja nach unserer Pfandgesetzgebung auch da, wo Güterbücher errichtet sind.

was würde dann die Wahrung bedeuten, wenn das von dem Unberechtigten bestellte Unterpfand dennoch gültig wäre? In einem solchen Falle ist das Unterpfand ungültig bestellt (denn der im Güterbuche Eingetragene gilt nur als Eigenthümer, wenn das entgegengesetzte Recht nicht gewahrt ist) und kann somit nach Art. 6 auch durch spätere Ereignisse nicht gültig werden. Auch würden aus dem entgegengesetzten Grundsatze gerade leicht ähnliche Verwicklungen entstehen, wie sie Bolley I S. 279 mit Recht rügt. Man nehme z. B. den Fall: der A wird im Jahre 1835 im Güterbuche als Eigenthümer eines Gutes eingetragen, der Eintrag beruht aber auf einem reinen Versehen; denn sein Bruder B ist eigentlich Eigenthümer und hatte schon im Jahre 1834 die Urkunde seiner Eigenthumserwerbung der Behörde übergeben, von der sie aber später nicht beachtet wurde. A verpfändet im Jahre 1835 das Gut an X. Im Jahre 1836 wird jenes Versehen entdeckt, das Gut auf B umgeschrieben und B verpfändet nun im Jahre 1836 dasselbe Gut an den Z. Im Jahre 1837 erbt A das Gut von B und wird somit nun erst Eigenthümer des Gutes. Nach Bolley wären beide Pfandrechte gültig, das des Z, weil es von dem im Güterbuche eingetragenen wirklichen Eigenthümer bestellt wurde, und das des X, weil sein im Güterbuche eingetragen gewesener Verpfänder wenigstens später das Eigenthum an der Sache erwarb. Aber offenbar könnte das letztere Pfandrecht, obwohl es das frühere ist, nicht zum Nachtheile des von B dem Z bestellten wirken, indem Z sein Pfandrecht vom wahren, im Güterbuche eingetragenen, Eigenthümer zu einer Zeit erwarb, in welcher der Verpfänder des X noch gar nicht Eigenthümer der Sache gewesen war; es würde also hier das jüngere Pfandrecht des Z dem älteren Pfandrechte des X vorgehen, was aber mit dem Art. 96 des Pfandgesetzes nicht vereinbar seyn würde. Vielmehr ist in einem solchen Falle das Pfandrecht des X ungültig, weil es von einem Nichteigenthümer bestellt wurde; denn der Umstand, daß dieser Nichteigenthümer im Güterbuche eingetragen war, kann hier nicht entscheiden, da es sich hier von einer Collision Desselben mit einem Solchen handelt, der sein Recht zur Zeit jener Verpfändung gewahrt hatte.

§. 8. Wie ist es aber in dem Falle, wenn zwar Güterbücher bestehen, aber in Beziehung auf das in Frage stehende Gut gar Niemand im Güterbuche als Berechtigter eingetragen ist?

In diesem Falle — der freilich selten vorkommen wird, besonders weil das Güterbuch auch zum Steuerbuche dient und man bei der Steuer nicht leicht ein Gut übergeht — hat die Pfandbehörde natürlich vor Allem zu untersuchen, ob der Besitzer des Gutes, welcher dasselbe verpfänden will, Eigenthümer ist, und wenn sie sich davon, auf welche Grundlage hin es auch sey, überzeugt, auf seinen Namen das Unterpfand zu bestellen. Selbst wenn er keinen besonderen Beweis seines Eigenthums führen könnte, kann sie doch ihn als Verpfänder gelten lassen, weil für ihn als Besitzer die Vermuthung des Eigenthums spricht [35].

Aber welche Wirkung hat ein so bestelltes Unterpfand in Beziehung auf Art. 65 f. und 74 f. des Pfandgesetzes? Es ist dieß im Grunde ganz dieselbe Frage, wie die oben S. 172 f. entwickelte, welche Wirkung ein Unterpfand habe, das von Demjenigen bestellt wird, welcher sein Recht zwar gewahrt hatte, aber nicht als Berechtigter im Güterbuche eingetragen war, während ein Anderer im Güterbuche als Berechtigter eingetragen ist. Wirklich wurden die verschiedenen Ansichten, die im letzteren Falle aufgestellt wurden, auch für die eben aufgeworfene Frage aufgestellt. Die Entscheidung muß auch hier dieselbe seyn. Für Denjenigen nämlich, der als Eigenthümer im Güterbuche *nicht* eingetragen ist oder *nicht* von einem Eingetragenen sein Recht herleitet, streitet eine besondere Vermuthung des Eigenthums gegen Solche, die ihre Rechte nicht gewahrt haben, *nicht*. Ist daher Niemand im Güterbuche eingetragen: so kann auch von einer solchen Vermuthung nicht die Rede seyn. Ein Pfandrecht kann von einem solchen Nichteingetragenen nur bestellt werden, wenn er wirklich Eigenthümer ist; das von ihm bestellte Pfandrecht ist deßhalb ungültig, wenn zur Zeit der Verpfändung nicht ihm, sondern einem Dritten das Eigenthum an der Sache zu-

35) Nur ist sie verantwortlich, wenn entgegenstehende Ansprüche ihr bekannt sind oder gewahrt waren, aber von ihr nicht beachtet wurden. Am Besten wird sie daran thun, die Pfandbestellung so lange im Anstande zu lassen, bis der Eintrag in das Güterbuch bewirkt ist.

stand, mag dieser Dritte sein Recht gewahrt haben oder nicht (denn nur bei dem im Güterbuche Eingetragenen wird hievon eine Ausnahme gemacht gegen Solche, die ihre Rechte nicht wahrten); ist er aber zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer gewesen, ist somit das Pfandrecht gehörig erworben: so gelten dann die Artt. 65 und 74 des Pfandgesetzes bei dem von ihm bestellten Pfandrechte auf die vorhin S. 178 bemerkte Weise.

§. 9. In manchen Gemeinden fehlt es noch ganz an Güterbüchern, und über exemte Güter, für welche die Gerichtshöfe die zuständige Pfandbehörde sind, hat man sie noch gar nicht errichtet. Für diesen Fall bestimmt das Pfandgesetz Art. 58 Folgendes: „Wo zur Zeit noch keine Güterbücher bestehen, muß, so lange „solche nicht angelegt sind, vor jeder Eintragung eines Unter„pfandes oder Pfandrechtstitels in das Unterpfandsbuch, auf das „Kaufbuch oder auf andere Urkunden der Erwerbung eines Gutes „zurückgegangen, und unter Beziehung auf diese muß sodann „im Unterpfandsbuche das Eigenthumsrecht des Verpfänders „nachgewiesen werden. Namentlich findet zur Zeit diese Be„stimmung ihre Anwendung auf exemte Güter."

Unsre Commentatoren äußern sich über diesen Artikel zum Theile nur mit wenigen Worten z. B. Mayer I S. 332, zum Theile gar nicht wie Seeger, und Bolley I S. 243 glaubt, der Art. 58 bedürfe an sich gar keiner Erklärung. Ich gestehe, hierin anderer Ansicht zu seyn; wenigstens scheint mir dieser Artikel noch manche Zweifel übrig zu lassen.

Zunächst entsteht die Frage, was für Urkunden zu verstehen seyen unter den „anderen Urkunden der Erwerbung eines Gutes." Es sind hier Urkunden überhaupt, also nicht blos öffentliche Urkunden genannt. Daß aber blos öffentliche Urkunden gemeint sind und die Stelle blos von solchen genommen werden kann, ergibt sich aus dem Art. 67 des Pfandgesetzes, wo diese Urkunden bezeichnet werden durch „andere öffentliche, in den Händen der Unterpfandsbehörde befindliche, Urkunden." Auch wird dieß noch, wie schon Mayer I S. 332 richtig bemerkt, durch das königliche Rescript auf die Anträge der Ständeversammlung über das Pfandgesetz (ständ. Verhandl. v. 1824 III. Beil.H. S. 436) bestätigt, welches sagt, daß „in

„den Orten, wo noch keine Güterbücher bestehen, die übrigen „öffentlichen Acten deren Stelle vertreten sollen." Es müssen also die Urkunden solche seyn, welche eine öffentliche, gehörig beweisende, Beglaubigung ihrer Aechtheit an sich tragen.

Nicht unzweifelhaft dagegen ist die Hauptfrage, die in Beziehung auf diesen Artikel entsteht. Er bestimmt: wo keine Güterbücher bestehen, müsse unter Beziehung auf die in den Händen der Pfandbehörde befindlichen die Erwerbung des zu verpfändenden Gutes beweisenden öffentlichen Urkunden im Unterpfandsbuche das Eigenthumsrecht des Verpfänders nachgewiesen werden.

Wird dieses Eigenthumsrecht wirklich nachgewiesen: so hat die Sache natürlich keinen Anstand. Das Pfandrecht gilt dann und kann in seiner vollen Ausdehnung gegen Jeden geltend gemacht werden, welcher beschränkende oder entgegenstehende Rechte oder Ansprüche nicht gehörig gewahrt hatte.

Allein wie ist es, wenn die Behörde sich täuschte, wenn sie die Urkunde als einen Beweis des Eigenthums behandelte, sich aber nachher ergibt, daß nicht der Verpfänder, sondern ein Dritter der wahre Eigenthümer der Sache war? War das Recht des Dritten gewahrt, z. B. im Unterpfandsbuche vorgemerkt: so hat die Entscheidung der Frage wieder keinen Anstand; es gilt dann das bestellte Unterpfand nichts, wenn nicht der Verpfänder, sondern der Dritte, der sein Recht gewahrt hatte, Eigenthümer der Sache war. Denn dieß ist ja auch dann der Fall, wenn da, wo Güterbücher bestehen, der im Güterbuche Eingetragene verpfändete, aber ein Dritter sein Eigenthumsrecht an der Sache gewahrt hatte und sich später ergibt, daß wirklich Dieser und nicht der im Güterbuche Eingetragene der Eigenthümer der Sache zur Zeit der Verpfändung war (oben S. 156).

Wie ist es aber zu halten, wenn der wahre Eigenthümer der Sache sein Recht nicht gewahrt hatte? Sind solche nicht gewahrte Rechte da, wo noch gar keine Güterbücher bestehen, gegenüber von Demjenigen, der nach jenen öffentlichen Urkunden als Eigenthümer erscheint, als gar nicht existirend zu behandeln, wie sie da, wo Güterbücher bestehen, als nicht existirend zu behandeln sind gegenüber von dem im Güterbuche Eingetragenen?

Streitet also da, wo keine Güterbücher bestehen, gegenüber von dem Eigenthümer, der sein Recht nicht gewahrt hat, für den aus jenen öffentlichen Urkunden als berechtigt Erscheinenden dieselbe Vermuthung, welche nach Art. 57 des Pfandgesetzes da, wo Güterbücher bestehen, für den in denselben Eingetragenen streitet? Darüber hätte sich der Art. 58 bestimmt äußern sollen. Allein er sagt darüber kein Wort, enthält auch nicht die geringste Hindeutung auf Lösung der Frage, und hätte man blos den Art. 58: so müßte man unzweifelhaft das Gegentheil annehmen, eben weil er nirgends eine solche Vermuthung ausspricht oder auch nur andeutet, ja nach seiner Fassung, wenn man sie wörtlich auslegt, angenommen werden müßte, daß eine auf solche öffentliche Urkunden gestützte Verpfändung nur dann gültig ist, wenn aus ihnen wirklich das Eigenthumsrecht des Verpfänders nachgewiesen worden ist.

Allein aus anderen Stellen, namentlich aus dem Art. 67 des Pfandgesetzes und aus dem oben angeführten Rescripte ergibt sich, daß da, wo keine Güterbücher bestehen, ihre Stelle durch die oben bezeichneten öffentlichen Urkunden vertreten werden soll. Dieß kann doch wohl nur so viel heißen: es soll an solchen Orten von jenen Urkunden Dasselbe gelten, was an den Orten, wo Güterbücher bestehen, von den Güterbüchern gilt; und daß man von dieser Unterstellung bei der Pfandgesetzgebung ausging, wird auch noch bestätigt durch den Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes, welcher in Beziehung auf die Präsumtion des Art. 57 des Pfandgesetzes da, wo keine Güterbücher bestehen, jene Urkunden den Güterbüchern ganz gleich setzt.

Hiernach gilt also da, wo keine Güterbücher bestehen, von den bezeichneten öffentlichen Urkunden Dasselbe, was vom Güterbuche gilt, d. h. wer nach ihnen als Eigenthümer der zu verpfändenden Sache (im weiteren Sinne des Pfandgesetzes) erscheint, gilt gegen denjenigen besser Berechtigten, der sein Recht nicht gewahrt hat, unbedingt als Eigenthümer, so daß das von ihm bestellte Pfandrecht gültig und unbedingt verfolgbar ist, sollte auch nicht er, sondern ein Dritter, der sein Recht nicht gewahrt hatte, zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer der Sache gewesen seyn.

Kann Derjenige, welcher das Gut verpfänden will, sein Eigenthum nicht durch öffentliche Urkunden nachweisen, was hier häufig der Fall ist: so kann die Pfandbehörde doch auf seinen Namen ein Unterpfand an dem Gute bestellen, wenn er das betreffende Gut besitzt (weil dann die allgemeine Vermuthung des Eigenthums für ihn spricht) und keine Urkunde vorliegt, welche gegen sein Recht streitet. Allein in diesem Falle streitet dann natürlich für den Verpfänder nicht die oben angeführte besondere unbedingte Präsumtion. Ergibt sich daher später in einem solchen Falle, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer war: so tritt das S. 177 Lit. b. Ausgeführte ein; das von ihm bestellte Pfandrecht ist ungültig, sollte auch der wahre Eigenthümer sein Recht nicht gewahrt gehabt haben.

Was in Beziehung auf die genannten öffentlichen Urkunden die Beweiskraft des Vertragsbuches betrifft: so muß von demselben ganz Das gelten, was S. 165 unter Nr. 5 ausgeführt wurde. Hiernach ist (da, so viel ich weiß, bei unsren Gerichtshöfen in das Vertragsbuch die Verträge nicht urschriftlich eingetragen werden) auf das Originalexemplar des Vertrags, das bei den Acten verwahrt wird, zurückzugehen und auf dieses die Unterpfandsbestellung zu gründen [36]. Nur gilt jedenfalls ein im

---

36) Bei den exemten Gütern wird, so viel ich weiß, die Sache in der Regel so gehalten: Es wird für jedes Gut ein s.g. Güterbuchsheft angelegt, in welchem die Rechte an das Gut und die Veränderungen, die sich in den Rechtsverhältnissen ergeben, und die einzelnen Bestandtheile des Gutes ꝛc. vorgemerkt werden mit der Bezeichnung der Urkunden, auf welche die Vormerkung sich gründet. In das Vertragsbuch werden die das Gut betreffenden Verträge nach der Zeitordnung eingetragen (aber nicht unter Beobachtung der Bestimmung des §. 23 der V.O. vom 21. Mai 1825, die überhaupt nicht durchführbar ist). Neben dem Vertragsbuche wird ein Originalexemplar des Vertrags bei den Acten verwahrt, und diese Originalurkunden, sowie andere beweisende Urkunden, welche der Behörde über die betreffenden Rechte amtlich übergeben werden, namentlich auch Inventur- und Theilungsacten, sind es eigentlich, auf welche eine Verpfändung gegründet wird. Kann der Besitzer, welcher verpfänden will, sein Recht nicht mehr urkundlich nachweisen: so wird wohl gewöhnlich in dem Erkenntnisse der Pfandbehörde ausgedrückt, daß er zwar in den Urkunden der Behörde nicht als Eigenthümer bezeichnet sey, aber nach seiner Angabe auf die und die Weise die Sache erworben habe und von Seiten eines Dritten entgegen-

Vertragsbuche vorgemerktes Recht als gewahrt in dem unten zu entwickelnden Sinne, indem in dieser Beziehung da, wo keine Güterbücher bestehen, die Vertragsbücher die Stelle der Güterbücher vertreten [37].

§. 10. Aus dem in den vorstehenden Paragraphen Entwickelten ergibt sich für die Orte, in welchen Güterbücher bestehen [38], folgendes Resultat:

1. Wer im Güterbuche als Eigenthümer einer Sache (im weiteren Sinne des Pfandgesetzes) eingetragen ist, gilt in Beziehung auf Verpfändung unbedingt als Eigenthümer ganz in der Weise, wie er eingetragen ist, wenn und so weit ein entgegenstehendes Recht nicht gewahrt ist. Sollte daher zur Zeit der Verpfändung ein Dritter der wahre Eigenthümer gewesen seyn: so ist doch, wenn dieser Dritte sein Recht nicht gewahrt hatte, eine auf jenen Eintrag somit auf den Namen des Eingetragenen vorgenommene Verpfändung durchaus gültig und gegen jeden auf den Grund, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer der Sache gewesen sey, gestützten Angriff gesichert; es kann aus dem Grunde, daß ein Dritter, der sein Recht nicht gewahrt hatte, zur Zeit der Verpfändung der wahre Berechtigte gewesen sey, gegen den Pfandgläubiger gar kein Streit in Beziehung auf die Berechtigung zur Verpfändung, in Beziehung auf das Eigenthum an der Sache, erhoben werden [39].

---

stehende Rechte nicht angemeldet seyen. Mit der Adelsmatrikels-Commission wird blos zu dem Zwecke communicirt, um die Frage, ob das Gut zu den exemten gehöre oder nicht, somit die Competenz des Gerichtshofs zu bestimmen.

37) Bolley I S. 248, 249.

38) Das Resultat für den Fall, wenn keine Güterbücher bestehen, ergibt sich aus §. 9.

39) Natürlich bezieht sich diese unbedingte Wirksamkeit und formelle Gültigkeit des Pfandrechts nur auf das Verhältniß des Verpfänders zur Sache an sich, also auf die Frage, ob Derjenige, auf dessen Namen ein Unterpfand bestellt wurde, wirklich auch der Berechtigte in Beziehung auf diesen Gegenstand war und ob er blos beschränkt oder unbeschränkt, bleibend oder nicht bleibend berechtigt war. Ist das Pfandrecht aus anderen Gründen ungültig oder angreifbar: so können diese geltend gemacht

2. Gegenüber von Demjenigen aber, der zur Zeit der Verpfändung sein Recht gewahrt hatte, hat der im Güterbuche Eingetragene kein besonderes Vorrecht. Ist daher das entgegenstehende Recht gewahrt: so kommt es — und zwar nach den allgemeinen Grundsätzen über Beweislast, da gegen gewahrte Rechte dem im Güterbuche Eingetragenen keine besondere Präsumtion zur Seite steht — ganz darauf an, wer zur Zeit der Verpfändung wirklich Eigenthümer der Sache war. Es gilt daher das von dem im Güterbuche Eingetragenen bestellte Unterpfand nicht, wenn es sich zeigt, daß nicht er, sondern Derjenige, der sein entgegenstehendes Recht gewahrt hatte, zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer der Sache war (oben §. 2, 4).

3. Die Vermuthung des Rechts, welche für den im Güterbuche Eingetragenen spricht (Nr. 1), kommt auch seinen Nachfolgern zu, wenn diese ein Unterpfand bestellen, sollten sie auch noch nicht im Güterbuche eingetragen seyn (oben §. 5 und 6).

4. Hat ein Dritter sein Recht gewahrt: so kann auf seinen Namen auch dann ein Unterpfand bestellt werden, wenn ein Anderer, von dem er sein Recht nicht ableitet, im Güterbuche eingetragen ist (§. 7). Allein in diesem Fall, so wie in dem Fall, wenn Niemand im Güterbuche eingetragen ist (§. 8), kann das von dem Nichteingetragenen bestellte Unterpfand auch dann

---

werden, wenn sie auch nicht in den öffentlichen Büchern gewahrt sind, z. B. wenn das Pfandrecht ungültig bestellt ist, weil der Vormund des minderjährigen Verpfänders nicht zustimmte. S. auch Mayer I S. 351 f., Bolley I S. 245. Auch versteht es sich von selbst, daß, wenn die Art und Weise des Eintrags des Pfandrechts schon selbst den Grund der Ungültigkeit oder der Beschränkung des Pfandrechts enthält, dieser ebenfalls unbedingt geltend gemacht werden kann; z. B. wenn der A ein Gut auf den Fall verpfänden will, daß er es künftig einmal erwerben werde, und auf diese Weise die Verpfändung eingetragen würde, oder wenn der A als Verpfänder eines fremden Guts eingetragen würde, ohne daß die Zustimmung des Eigenthümers nachgewiesen werden könnte: so wäre das Pfandrecht sofort nichtig; oder wenn im Pfandbuche bemerkt würde, daß der A sein Gut, das im Nießbrauche des B stehe, verpfände: so wäre, was diesen Nießbrauch betrifft, das Pfandrecht natürlich gegen den B nicht wirksam, so lange sein Recht dauert.

angegriffen werden, wenn ein Dritter, welcher sein Recht nicht gewahrt hatte, zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer der Sache war. Es streitet hier die Vermuthung, welche einem im Güterbuche Eingetragenen gegen jeden Dritten, der sein Recht nicht gewahrt hatte, zu Statten kommt, nicht für den Verpfänder. Das bestellte Pfandrecht gilt daher in einem solchen Falle dann nichts, wenn der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung nicht Eigenthümer war, mag der wahre Eigenthümer sein Recht gewahrt gehabt haben oder nicht. War aber der Verpfänder zur Zeit der Verpfändung Eigenthümer: so kann das erworbene Pfandrecht in Beziehung auf seine Wirksamkeit und Ausdehnung nur von Solchen beschränkt werden, die ihre entgegenstehenden Rechte gewahrt hatten. Wenn daher z. B. der Verpfänder blos ein widerrufliches Eigenthum hatte: so bleibt das einmal bestellte Pfandrecht gültig, auch wenn später sein Eigenthum rückwärts aufgelöst wird, falls der Rückerwerber sein Recht nicht gewahrt hatte.

5. Der Wahrung eines dinglichen Rechts steht, soweit es sich von dem Schutze gegen den nachtheiligen Einfluß einer Verpfändung handelt, der Fall in gewisser Beziehung gleich, wenn der Pfandgläubiger bei der Erwerbung des Pfandrechts mit dem entgegenstehenden dinglichen Rechte eines Dritten bekannt war. Näheres hierüber s. unten §. 14.

§. 11. Aus diesem Resultate erhellt die große Wichtigkeit der Wahrung entgegenstehender Rechte, indem auf den Grund einer solchen Wahrung die Gültigkeit und Wirksamkeit eines bestellten Unterpfandes vielfach angegriffen werden kann.

Bei diesen Wahrungen aber (von welchen Einige sich auf ganz spezielle Verhältnisse beziehen, wie die Wahrung von Pfandrechtstiteln, und welche daher hier nicht näher zu erörtern sind; vrgl. Pfandges. Art. 79, 82, 84, 85, 87, 110, 114) muß man wohl unterscheiden die Wahrung dinglicher Rechte von der Wahrung bloßer persönlicher Rechte.

A. Wahrung dinglicher Rechte.

Handelt es sich von dem Verhältnisse des Verpfänders zu der Sache an sich, welche er zu Unterpfand bestellte: so kann in dieser Beziehung ein bestelltes Unterpfand durch dingliche Rechte

Dritter gefährdet werden, aber auch nur durch dingliche Rechte. An sich steht uns natürlich die Befugniß, eine Liegenschaft oder ein ihr gleichgestelltes anderweites dingliches Recht wirksam zu verpfänden, nur insoweit zu, als uns das Eigenthum dieser Liegenschaft oder jenes anderweite dingliche Recht wirklich zukommt; man kann nur Das gültig verpfänden, was man wirklich hat (§. 2). Stehen uns diese Rechte nicht zu, steht vielmehr das betreffende dingliche Recht an der Sache (Eigenthum u. s. w.) einem Dritten zu: so ist die Verpfändung ungültig; und stehen uns jene Rechte blos beschränkt zu, hat ein Dritter ein unser Recht beschränkendes dingliches Recht: so kann von uns die Sache blos beschränkt verpfändet und das bestellte Pfandrecht durch den dritten Berechtigten verkümmert werden. Hat z. B. Jemand den Nießbrauch an meiner Sache: so kann ich die Sache zwar ohne Anstand verpfänden; allein das Pfandrecht wird durch den Nießbrauch des Dritten, so lange derselbe besteht, beschränkt, gerade wie durch denselben das Eigenthum des Verpfänders beschränkt wird; der Nießbrauch geht dem Pfandrechte vor, da der Eigenthümer über den ihm nicht zustehenden Nießbrauch nicht disponiren konnte (Pfandges. Art. 7). Wenn ferner Jemand unter einer Resolutivbedingung eine Sache erworben hat: so kann er sie als Eigenthümer verpfänden; tritt aber später die Resolutivbedingung ein, so daß das Eigenthum der Sache ganz von selbst an den Rückerwerber zurückfällt und das Eigenthum des Erwerbers rückwärts wieder aufgelöst wird: so muß auch das von dem Letzteren bestellte Pfandrecht ungültig werden, weil hier vermöge des dinglichen Rechts des Dritten das verpfändete Recht an sich rückwärts auflösbar war und diese Auflösbarkeit sich deßhalb auch auf das an demselben bestellte Pfandrecht erstrecken mußte; das an sich gültig bestellte Pfandrecht wird also hier durch den Umstand, durch welchen das Recht des Rückerwerbers in Wirksamkeit gesetzt wird, ungültig. Stand endlich dem Verpfänder das Recht, welches er verpfändete, gar nicht zu: so muß natürlich das Pfandrecht, das er an demselben bestellte, schon von Anfang an ungültig seyn (oben S. 141 f.).

Hiergegen, gegen die aus dem Grunde, weil dem Verpfänder das verpfändete Recht gar nicht oder nur beschränkt zustand,

...Noch beschränkte Gültigkeit eines ...weil man gerade unsre Pfandgesetz... ...sichern, wenn ihm von Demjeni... ...oder den dasselbe ergänzenden und ...der Berechtigte erscheint, in Folge ei... ...des der Pfandbehörde das Unterpfand ...wurde. Allein da diese Sicherung nur auf ...rechtigten vollständig durchgeführt werden ...dem doch nicht zu nahe treten wollte: so ...nere Rücksicht jene Sicherung wieder sehr ...Maaßregel in der Weise, wie sie vom Ge... ...wurde, für jenen Zweck ungenügend werden.

...lich dem Berechtigten die Möglichkeit, durch ...ingliches Recht gegen die nachtheiligen Einflüsse ...Dritten vorgenommenen Verpfändung der Sache ...ging von dem Grundsatze aus, daß den Berech... ...nachtheil treffen solle, wenn ihm bei der Wahrung ...keine Schuld vorzuwerfen sey. Dadurch kam man ...Zulassung solcher Wahrungen, bei welchen die Sicher... ...Pfandgläubigers sehr gefährdet werden kann.

...man bei der Zulassung einer Wahrung dinglicher Rechte ...andgläubiger gehörig sichern: so müßte man den Grund... ...stellen, daß eine Wahrung nur dann eine rechtliche Wir... ...hat, wenn der Pfandgläubiger durch die ihm zugäng... ...den öffentlichen Bücher von ihr Kenntniß bekommen ...kann, daß also nur diejenigen Rechte und Ansprüche als gewahrt ...gelten, welche in den öffentlichen Büchern wirklich vorgemerkt sind. Würde dann auch die Behörde eine solche Wahrung übersehen: so könnte doch der Gläubiger vor der Verpfändung selbst sich vergewissern, ob dem Pfandrechte, das er zu erwerben im Begriffe ist, kein dasselbe gefährdendes Recht entgegenstehe. Allein durch eine solche Bestimmung könnte nach Umständen das Recht des wahren Eigenthümers der Sache sehr gefährdet werden. Man nehme z. B. den Fall: der wahre Eigenthümer ist im Güterbuche wirklich als Eigenthümer eingetragen, durch ein Versehen der Behörde aber wird später der Eintrag gelöscht und das Gut einem Unberechtigten zugeschrieben, oder der wahre Ei-

genthümer hat die Urkunde seiner Erwerbung der Behörde übergeben, es wird aber bei der Richtigstellung des Güterbuches diese Erwerbung unbeachtet gelassen; sollen hier die Rechte des wahren Eigenthümers für gewahrt gelten? Will man den Pfandgläubiger, der nachher von dem im Güterbuche mit Unrecht Eingetragenen ein Unterpfand an der Sache erwirbt, gehörig sichern: so muß man die Frage verneinen; denn aus den öffentlichen Büchern konnte hier das entgegenstehende Recht des wahren Eigenthümers gar nicht ersehen werden. Aber gefährlich wäre die Verneinung der Frage für den wahren Eigenthümer, und will man daher Diesen gegen Verstöße der Behörde, die leicht vorkommen können, sichern: so muß man die Frage auf Kosten des Pfandgläubigers bejahen.

Unsre Gesetzgebung schlägt diesen letzteren Weg ein; sie nimmt dingliche Rechte in manchen Fällen selbst dann als gewahrt an, wenn sie auch aus den öffentlichen Büchern nicht zu ersehen sind, und zieht daher die Rücksicht auf die Sicherheit des Eigenthümers der Rücksicht auf die Sicherheit des Pfandgläubigers vor. Man muß hiernach bei den Wahrungen der dinglichen Rechte zwei Hauptfälle unterscheiden: Wahrungen, die aus den Gerichtsbüchern ersehen werden können und solche, die aus denselben nicht oder wenigstens nicht durchaus ersichtlich sind.

§. 12. I. Wahrung eines dinglichen Rechts, die aus den Gerichtsbüchern nicht oder wenigstens nicht in allen Fällen ersichtlich ist.

Von diesen Wahrungen handeln die Artt. 67—69 des Pfandgesetzes, und in Beziehung auf die Auslegung dieser Artikel setzt der Art. 71 fest, daß sie „buchstäblich zu erklären sind „und eine Ausdehnung in keinem Falle zulassen." Es gehören hierher folgende vier Fälle:

1. Wer nach dem Vertragsbuche oder den in den Händen der Pfandbehörde befindlichen Inventur- und Theilungs-Acten des neuesten Zeitraums d. h. der Zeit, welche auf die der Verpfändung vorangegangene letzte allgemeine Richtigstellung des Güterbuches folgte (oben S. 166), als Berechtigter erscheint, hat eben dadurch sein Recht gehörig gewahrt (Pfandgesetz Art. 67 vrgl. mit Art. 59 und oben S. 165).

sich ergebende Ungültigkeit oder blos beschränkte Gültigkeit eines bestellten Unterpfandes will nun gerade unsre Pfandgesetzgebung den Pfandgläubiger sichern, wenn ihm von Demjenigen, der nach dem Güterbuche oder den dasselbe ergänzenden und vertretenden Urkunden als der Berechtigte erscheint, in Folge eines collegialischen Beschlusses der Pfandbehörde das Unterpfand an der Sache bestellt wurde. Allein da diese Sicherung nur auf Kosten des wahren Berechtigten vollständig durchgeführt werden könnte, man aber Diesem doch nicht zu nahe treten wollte: so mußte durch diese letztere Rücksicht jene Sicherung wieder sehr verkümmert und die Maaßregel in der Weise, wie sie vom Gesetze durchgeführt wurde, für jenen Zweck ungenügend werden.

Man gab nämlich dem Berechtigten die Möglichkeit, durch Wahrungen sein dingliches Recht gegen die nachtheiligen Einflüsse einer von einem Dritten vorgenommenen Verpfändung der Sache zu schützen, und ging von dem Grundsatze aus, daß den Berechtigten kein Nachtheil treffen solle, wenn ihm bei der Wahrung seiner Rechte keine Schuld vorzuwerfen sey. Dadurch kam man aber auf die Zulassung solcher Wahrungen, bei welchen die Sicherheit des Pfandgläubigers sehr gefährdet werden kann.

Will man bei der Zulassung einer Wahrung dinglicher Rechte den Pfandgläubiger gehörig sichern: so müßte man den Grundsatz aufstellen, daß eine Wahrung nur dann eine rechtliche Wirkung hat, wenn der Pfandgläubiger durch die ihm zugänglichen öffentlichen Bücher von ihr Kenntniß bekommen kann, daß also nur diejenigen Rechte und Ansprüche als gewahrt gelten, welche in den öffentlichen Büchern wirklich vorgemerkt sind. Würde dann auch die Behörde eine solche Wahrung übersehen: so könnte doch der Gläubiger vor der Verpfändung selbst sich vergewissern, ob dem Pfandrechte, das er zu erwerben im Begriffe ist, kein dasselbe gefährdendes Recht entgegenstehe. Allein durch eine solche Bestimmung könnte nach Umständen das Recht des wahren Eigenthümers der Sache sehr gefährdet werden. Man nehme z. B. den Fall: der wahre Eigenthümer ist im Güterbuche wirklich als Eigenthümer eingetragen, durch ein Versehen der Behörde aber wird später der Eintrag gelöscht und das Gut einem Unberechtigten zugeschrieben, oder der wahre Ei-

genthümer hat die Urkunde seiner Erwerbung der Behörde übergeben, es wird aber bei der Richtigstellung des Güterbuches diese Erwerbung unbeachtet gelassen; sollen hier die Rechte des wahren Eigenthümers für gewahrt gelten? Will man den Pfandgläubiger, der nachher von dem im Güterbuche mit Unrecht Eingetragenen ein Unterpfand an der Sache erwirbt, gehörig sichern: so muß man die Frage verneinen; denn aus den öffentlichen Büchern konnte hier das entgegenstehende Recht des wahren Eigenthümers gar nicht ersehen werden. Aber gefährlich wäre die Verneinung der Frage für den wahren Eigenthümer, und will man daher Diesen gegen Verstöße der Behörde, die leicht vorkommen können, sichern: so muß man die Frage auf Kosten des Pfandgläubigers bejahen.

Unsre Gesetzgebung schlägt diesen letzteren Weg ein; sie nimmt dingliche Rechte in manchen Fällen selbst dann als gewahrt an, wenn sie auch aus den öffentlichen Büchern nicht zu ersehen sind, und zieht daher die Rücksicht auf die Sicherheit des Eigenthümers der Rücksicht auf die Sicherheit des Pfandgläubigers vor. Man muß hiernach bei den Wahrungen der dinglichen Rechte zwei Hauptfälle unterscheiden: Wahrungen, die aus den Gerichtsbüchern ersehen werden können und solche, die aus denselben nicht oder wenigstens nicht durchaus ersichtlich sind.

§. 12. I. Wahrung eines dinglichen Rechts, die aus den Gerichtsbüchern nicht oder wenigstens nicht in allen Fällen ersichtlich ist.

Von diesen Wahrungen handeln die Artt. 67—69 des Pfandgesetzes, und in Beziehung auf die Auslegung dieser Artikel setzt der Art. 71 fest, daß sie „buchstäblich zu erklären sind „und eine Ausdehnung in keinem Falle zulassen." Es gehören hierher folgende vier Fälle:

1. Wer nach dem Vertragsbuche oder den in den Händen der Pfandbehörde befindlichen Inventur- und Theilungs-Acten des neuesten Zeitraums d. h. der Zeit, welche auf die der Verpfändung vorangegangene letzte allgemeine Richtigstellung des Güterbuches folgte (oben S. 166), als Berechtigter erscheint, hat eben dadurch sein Recht gehörig gewahrt (Pfandgesetz Art. 67 vrgl. mit Art. 59 und oben S. 165).

Diese Bestimmung genügt aber zur Sicherung des Eigenthümers nicht, theils weil der Grund der Erwerbung seines Rechts ein solcher seyn kann, der weder in das Vertragsbuch eingetragen wird, noch aus Inventur- und Theilungs-Acten ersichtlich ist, theils weil bei der nächstfolgenden Richtigstellung des Güterbuches sein aus dem Vertragsbuche oder den Inventur- und Theilungs-Acten des neuesten Zeitraumes sich ergebendes Recht übersehen worden seyn konnte. Deßhalb bestimmt der Art. 68 des Pfandgesetzes Folgendes:

„Soweit ferner nach der dermaligen Einrichtung (Art. 59)[40] „es von Demjenigen, welcher Grundeigenthum erwirbt, nicht „abhängt, die gleichbaldige Eintragung im Güterbuche zu bewirken; so kann es ihm nicht schaden, wenn eine solche Erwerbung, worüber entweder obrigkeitlich erkannt ist, „oder über welche, sofern es eines Erkenntnisses „nicht bedarf, die Urkunde der Erwerbung der Unterpfandsbehörde eingehändigt worden (Art. 60), „gleichwohl bei der nachherigen Vornahme der allgemeinen Richtigstellung des Güterbuches nach dem neuesten Stande gänzlich „unberücksichtigt geblieben ist.

„Ebensowenig kann es dem Grundeigenthümer nachtheilig „seyn, wenn bei diesem Geschäfte durch eine Verwechslung ein „anderes Gut ihm, oder wenn jenes Gut einem Dritten zugeschrieben worden ist."

Hiernach hat der dinglich Berechtigte[41] sein an der betreffen-

---

40) Dieser Eingang des Artikels erklärt sich aus dem S. 161 Angeführten. Daß seine Bestimmung nicht, wie Mayer I S. 361 glaubt, als eine blos vorübergehende zu behandeln ist, ergibt sich aus dem a. a. O. Nachgewiesenen.

41) Das Gesetz spricht nicht vom Berechtigten überhaupt d. h. überhaupt von Demjenigen, dem das Recht, von dessen Verpfändung es sich handelt, wirklich zusteht, oder welchem ein anderweites dingliches Recht, durch welches das zu verpfändende Recht beschränkt wird, zukommt, sondern von Demjenigen, „welcher Grundeigenthum erwirbt." Hiernach scheint also eine solche Wahrung und überhaupt die Bestimmung des Art. 68 (und 69) nur dem eigentlichen Eigenthümer an Liegenschaften zu gut zu kommen, nicht aber auch einem anderen dinglich Berechtigten, der die Erwerbungsurkunde seines Rechts der Pfandbehörde übergeben hat, wenn entweder dieses Recht

den Sache ihm zustehendes Recht gegen dem nachtheiligen Einfluß einer auf den Namen eines Dritten erfolgten Verpfändung der Sache gehörig gewahrt, wenn nach geschehener Erwerbung des Rechts,

2. falls er das Recht in Folge eines nach den Gesetzen gerichtlich zu insinuirenden Vertrags erwarb (Note 30), schon zur Zeit jener Verpfändung der Vertrag zur gerichtlichen Insinuation gebracht und über denselben obrigkeitlich erkannt worden war, oder

3. in anderen Fällen, wenn schon zur Zeit der Verpfändung die Urkunde seiner Erwerbung der Unterpfandsbehörde eingehändigt worden war [42].

Sein Recht gilt unter diesen Voraussetzungen (2. und 3) [43] selbst für den Fall als gewahrt, daß bei der nachherigen Vor-

---

selbst später von dem im Güterbuche mit Unrecht Eingetragenen verpfändet wird oder das Recht des dinglich Berechtigten der Art ist, daß durch dasselbe das zu verpfändende Recht beschränkt würde. Es scheint dieß um so mehr angenommen werden zu müssen, als nach Art. 71 die Bestimmungen des Art. 68 buchstäblich zu erklären sind. Allein unsre Ausleger beschränken den Art. 68 nicht blos auf den Grundeigenthümer, sondern wenden ihn auch auf Denjenigen an, dem ein anderweites dingliches Recht an der Sache zukommt, z. B. Mayer I S. 359, 360 (der aber in anderer Hinsicht zu weit geht) und Bolley I S. 249, und daß dieß auch dem Sinne des Gesetzes gemäß ist, ist unzweifelhaft; vrgl. auch namentlich die ständ. Verhandl. v. 1824 III Beil.H. S. 235. Das Gesetz versteht eben hier unter Grundeigenthum dasselbe, was es im Art. 57 unter „Eigenthum einer unbeweglichen Sache“ versteht. Aber jedenfalls ist es zu tadeln, daß ein Gesetz sich so ausdrückt und durch „Grundeigenthum“ Verhältnisse bezeichnet, die gar nicht zum Grundeigenthum gehören. Vrgl. auch den Schluß dieses Paragraphen.

42) Es gilt hierüber das in Note 31 Bemerkte. Zu beachten ist aber, daß die bloße Uebergabe der Erwerbungsurkunde nur dann zum Zwecke der Wahrung genügt, wenn die Erwerbung sich nicht auf einen gerichtlich zu insinuirenden Vertrag stützt. Denn stützt sie sich auf einen solchen Vertrag, z. B. auf einen Kauf: so gilt das Recht dadurch, daß die Originalurkunde über den Vertrag der Behörde übergeben wird, noch nicht als gewahrt, sondern es muß noch das gerichtliche Erkenntniß hinzukommen.

43) Bei dem zweiten Absatze des Art. 68 ist offenbar anzunehmen, daß auch für ihn die im ersten Absatze genannten Prämissen und Bedingungen gelten, d. h. seine Bestimmung nur anwendbar ist in den im Texte unter Nr. 2 und 3 angeführten Fällen, also wenn über den Erwerbungsvertrag obrig-

nahme der allgemeinen Richtigstellung des Güterbuches (S. 167) seine Erwerbung gar nicht berücksichtigt, also der alte Eintrag des früheren Eigenthümers unverändert belassen oder [44] der Vorgang auf eine schiefe Weise berücksichtigt und aus Versehen ihm ein anderes Gut oder das von ihm erworbene Gut einem Dritten zugeschrieben worden wäre. Namentlich gilt also sein Recht als gewahrt, wenn es aus dem Vertragsbuche aus früheren Zeiten (nicht blos des neuesten Zeitraumes) oder aus alten Inventur- und Theilungsacten, die der Behörde übergeben worden waren, ersichtlich gewesen wäre (vrgl. auch S. 167).

Ergibt sich daher z. B. später, daß der verpfändete Gegenstand zur Zeit der Verpfändung gar nicht dem Verpfänder, sondern Demjenigen gehörte, der sein Recht daran auf solche Weise gewahrt gehabt hatte: so schützt den Pfandgläubiger selbst der Umstand nicht, daß er sein Pfandrecht auf den Grund des (ungenau geführten) Güterbuches erworben hatte; es ist in einem solchen Falle das Unterpfand ungültig, welches von einem Unberechtigten, sey Derselbe auch im Güterbuche als berechtigt eingetragen gewesen, nach jener Wahrung (Nr. 2 u. 3) bestellt wurde. Zwar könnte man nach der Fassung des Art. 68 versucht werden, zu glauben, ein solches Unterpfand gelte zwar an sich, nur sey es nicht gegen den wahren Berechtigten, dessen Recht auf die genannte Weise gewahrt war, und dessen Rechtsnachfolger verfolgbar. Denn der Art. 68 sagt, es solle ein so bestelltes Unterpfand dem wahren Berechtigten „nicht schaden." Allein würde man blos diese beschränkte Unwirksamkeit annehmen: so würden daraus für die wenigen Fälle, in denen sie von praktischem Momente seyn könnte, sich Verhältnisse ergeben, die das Pfandgesetz offenbar verwirft, wie schon S. 180 gezeigt wurde. In den meisten Fällen wird aber diese Frage eine ganz unpractische d. h. das practische Resultat das gleiche seyn, ob man annimmt, daß das Pfandrecht ungültig sey oder daß es an sich gültig, aber gegen den wahren Berechtigten und

---

keitlich erkannt oder, falls der Erwerbungsgrund eines solchen Erkenntnisses nicht bedarf, die Urkunde der Erwerbung der Pfandbehörde eingehändigt ist. S. auch die ständ. Verhandl. v. 1824. III Beil.H. S. 383, 384.

44) Dieß sagt der zweite Absatz des Art. 68. Vrgl. Note 43.

seine Rechtsnachfolger unwirksam sey. Denn zu diesen Rechtsnachfolgern müßte man im Concurse des wahren Berechtigten seine sämmtlichen Gläubiger insofern zählen, als sie verlangen können, gegen Dritte diejenigen Rechte geltend machen zu dürfen, welche ihrem Gemeinschuldner zustehen. Wenn daher z. B. im Concurse des wahren Berechtigten in Beziehung auf ein Gut, das er besitzt, ein Pfandgläubiger auftreten würde, der zu einer Zeit, in welcher der wahre Berechtigte sein Recht auf die angegebene Weise schon gewahrt hatte, von einem im Güterbuche eingetragenen Unberechtigten ein Pfandrecht erwarb: so könnte dieses Pfandrecht auch nicht einmal gegenüber von den persönlichen Gläubigern des wahren Berechtigten geltend gemacht werden und natürlich auch nie gegen Den, der im Gante das Gut kaufte, und dessen Rechtsnachfolger, und wäre hier somit jedenfalls völlig unpractisch.

Ganz das Gleiche gilt

4. wenn [45] dem Eigenthümer sein Gut, das er im Besitze hat [46] und welches im Güterbuche auf seinen Namen

---

45) Diese dritte Ausnahme enthält der Art. 69 des Pfandges., indem er Folgendes bestimmt: „Auf gleiche Weise kann es dem Eigenthümer nicht „schaden, wenn ihm in Folge einer ähnlichen Unrichtigkeit oder Verwechslung ein Gut, das er wirklich besitzt und in Ansehung dessen er bis „dahin im Güterbuche als Eigenthümer eingetragen gewesen, ohne sein „Vorwissen bei dem erwähnten Geschäft abgeschrieben worden."

46) Die Worte des Art. 69: „ein Gut, das er wirklich besitzt" sind buchstäblich zu nehmen, also in dem Sinne: der Eigenthümer muß, wenn das im Artikel Bestimmte für ihn gelten soll, das Gut in seinem Besitze im eigentlichen Sinne gehabt haben. Zwar nimmt das Pfandgesetz sehr mit Unrecht das Wort Besitz mitunter auch im uneigentlichen Sinne für Recht, für Eigenthum. Allein abgesehen davon, daß (nach Art. 71) der Art. 69 buchstäblich auszulegen ist: so kann jener Ausdruck hier nicht so genommen worden seyn, da der Artikel von einem Eigenthümer spricht, der das Gut wirklich besitzt. Dieß kann aber doch nicht heißen: ein Eigenthümer, der wirklich Eigenthümer ist! Nimmt man daher hier Eigenthümer in dem weiteren Sinne des Pfandgesetzes für dinglich Berechtigten überhaupt (Note 41): so gilt die Bestimmung des Art. 69 nur für denjenigen dinglich Berechtigten, welcher zu der Zeit, in welcher ihm das Recht unrichtigerweise im Güterbuche abgeschrieben wurde, im Besitze, d. h. in der Ausübung des Rechts war. — Eine andere Frage

eingetragen war, durch Versehen oder Unachtsamkeit ohne sein Vorwissen bei der Richtigstellung des Güterbuches abgeschrieben wurde. Hier gilt sein Recht mit der vorhin ausgeführten Wirkung als gewahrt, aber nur dann, wenn er zu der Zeit, in welcher ihm das Gut unrichtigerweise abgeschrieben wurde, im Besitze des Gutes war [47].

Es ist augenscheinlich, daß durch diese Ausnahmen die Sicherheit des Pfandgläubigers in hohem Grade leidet und Das wieder sehr gemindert und beschränkt wird, was andere Artikel des Gesetzes dem Pfandgläubiger unbedingt zuzusichern scheinen. Wird mir z. B. auf den Namen eines im Güterbuche Eingetragenen ein Unterpfand bestellt und von der Pfandbehörde bezeugt, daß der Verpfänder als Eigenthümer im Güterbuche eingetragen sey und seinem Rechte zur Verpfändung kein Hinderniß im Wege stehe: so scheint es, als ob ich nach dem Pfandgesetze vollkommen beruhigt seyn könnte. Will ich aber später mein Pfandrecht verwirklichen und es zeigt sich nun, daß, was bei der Führung unsrer Güterbücher sich gar wohl ereignen kann, vor jener Verpfändung aus Versehen dem wahren Eigenthümer und Besitzer das Gut ab- und jenem Verpfänder unrichtigerweise zugeschrieben wurde oder daß der wahre Eigenthümer auf dem anderen oben bemerkten Wege sein Recht gewahrt hatte: so habe ich alle meine Sicherheit verlohren, und zwar ohne daß mich irgend der Vorwurf einer Schuld oder Nachlässigkeit trifft. In dem Falle des Art. 69 (Note 45) kann ich mich nicht einmal an die Pfandbehörde halten, sondern blos an den Beamten, der das Güterbuch führte, so daß es gar häufig mehr als zweifelhaft ist, ob ich irgend zum Ersatze kommen kann. — Man muß sich

---

ist es freilich, ob sich eine solche beschränkende Bestimmung legislativ irgend rechtfertigen läßt, wenn man einmal den wahren Berechtigten gegen unrichtige Löschungen im Güterbuche sichern will.

47) Diese Bedingung scheint gewöhnlich übersehen zu werden. S. aber Note 46. Besaß daher der Eigenthümer zu jener Zeit das Gut nicht, war es also in den Händen eines Dritten: so muß er, wenn sein Recht gegen eine auf das Güterbuch gegründete Verpfändung als gewahrt gelten soll, seinen Anspruch an das Gut auf die im §. 13 berührte Weise besonders wahren.

eben mit der Erfahrung beruhigen, daß, wenn auch unrichtige Einträge im Güterbuche oder nicht gehörige Richtigstellungen desselben vorkommen, es doch ziemlich selten ist, daß auf einen solchen unrichtigen Eintrag eine Unterpfandsbestellung gegründet wird, indem bei der Berathung über die Unterpfandsbestellung meist die Unrichtigkeit des Eintrags im Güterbuche entdeckt wird.

Wohl zu beachten ist aber, daß man die angeführten Fälle nicht ausdehnen darf. Namentlich beziehen sie sich blos auf den Fall, wenn Jemand das dingliche Recht, von dessen Verpfändung die Rede ist, wirklich erworben hätte. Das wirklich erworbene dingliche Recht gilt dann in den Fällen von Nr. 1—4 für gewahrt. Man darf also diese Wirkung namentlich nicht ausdehnen auf persönliche Rechte, die man auf Erwerbung eines Gutes habe, sollte auch die das Recht beweisende Urkunde der Pfandbehörde übergeben worden seyn, und eben so wenig auf Rechte, welche der Veräußerer eines Gutes bei der Veräußerung sich vorbehalten hätte [48]. Diese müssen, wenn sie als gewahrt gelten sollen, auf die im §. 13 f. zu bemerkende Weise gewahrt werden.

§. 13. II. Wahrung eines dinglichen Rechts durch Vormerkung desselben im Güter- oder Pfandbuche.

Demjenigen, welchem dingliche Rechte an einer Liegenschaft zustehen, gibt das Pfandgesetz zur nothwendigen Ergänzung der im §. 12 angeführten Wahrungen noch ein Hauptmittel, durch welches er sich gegen die Nachtheile sichern kann, die seinem Rechte durch eine auf den Namen eines Dritten vollzogene Unterpfandsbestellung an der Liegenschaft zugehen könnten. Es besteht darin, sein Recht vor der Verpfändung der Sache in den Gerichtsbüchern vormerken zu lassen und es dadurch zu wahren.

Wer nämlich ein dingliches Recht an einer Liegenschaft (die z. B. im Besitze eines Dritten ist oder auf den Namen eines Dritten im Güterbuche lauft) hat, kann dasselbe, falls er im Stande ist, es zu bescheinigen d. h. es wahrscheinlich zu machen, in dem Unterpfandsbuche oder in dem Güter-

48) Vergl. auch Ständ. Verhandl. v. 1824. III Beil. H. S. 384, auch Bolley I S. 249. 250.

buche vormerken lassen, eine Vormerkung, welche in diesem Falle nicht einen Beschluß der Pfandbehörde erfordert, sondern durch den Vorstand derselben verfügt und vollzogen werden kann [49]. Diese Verwahrung hat dann die Wirkung, daß, so lange sie nicht ordnungsmäßig gelöscht ist (Pfandges. Art. 78), von einem anderen angeblich Berechtigten, z. B. von dem Besitzer des Grundstücks oder Demjenigen, auf dessen Namen die Sache im Güterbuche eingetragen ist, „eine jenem Anspruche nachtheilige Verfü„gung blos bedingt vorgenommen werden kann, und daß die „Gültigkeit der Letzteren davon abhängt, ob zu Gunsten des „Protestirenden (d. h. Dessen, der sein dingliches Recht durch die Vormerkung gewahrt hat) „oder zu dessen Nachtheil eine „rechtskräftige Entscheidung über seinen Anspruch erfolgt. Fällt „die Entscheidung für den sich Verwahrenden aus: so erstreckt „sie ihre Wirkung rückwärts auf die Zeit der eingelegten Ver„wahrung." (Pfandges. Art. 76, 77).

Es ist daher in einem solchen Falle ein Pfandrecht, welches der im Güterbuche als berechtigt Eingetragene [50] nach geschehener

---

49) Pfandges. Art. 143, 144; Hauptinstruct. §. 194. Eine bloße Anzeige bei der Behörde reicht nicht hin; soll das Recht gewahrt seyn: so muß die Vormerkung wirklich im Pfand- oder im Güterbuche eingetragen worden seyn. S. auch ständ. Verhandl. von 1824 III Beil.H. S. 435.

50) Ist der Verpfänder im Güterbuche gar nicht als Berechtigter eingetragen oder nicht ein Solcher, der vom Eingetragenen sein Recht herleitet: so ist, wenn das S. 177 Ausgeführte richtig ist, eine Vormerkung zur Sicherung des wahren Berechtigten eigentlich nicht nöthig, falls dem Verpfänder die verpfändete Sache gar nicht zustand, indem in einem solchen Falle das bestellte Pfandrecht überhaupt ungültig ist, mag der wahre Berechtigte sein Recht gewahrt haben oder nicht. Nur wenn die verpfändete Sache dem Verpfänder wirklich gehörte, ein Dritter aber dingliche Rechte in Beziehung auf die Sache hat, durch welche er ihm früher oder später die Sache ganz oder theilweise entziehen könnte (z. B. ein Nießbrauchsrecht an der Sache oder ein dingliches Recht auf den Rückfall der Sache, so daß, wenn der Grund des Rückfalls später eintritt, das Eigenthum des bisherigen Eigenthümers rückwärts aufgelöst und ohne Weiteres an den Dritten zurückfallen würde): so muß dieser Dritte dann allerdings dieses sein Recht durch eine Vormerkung im Pfand- oder Güterbuche wahren, wie oben S. 178 ausgeführt wurde. Denn auch gegen das vom Nichteingetragenen bestellte Unterpfand können, wenn die verpfändete Sache ihm zur Zeit der Verpfändung wirklich

Vormerkung bestellte, ganz ungültig, wenn das vorgemerkte Recht als begründet erkannt wird und sich ergibt, daß dem Verpfänder das verpfändete Recht gar nicht zustand: nur beschränkt gültig ist es, wenn sich ergibt, daß dem Verpfänder das verpfändete Recht nur beschränkt zustand und im letzteren Falle kann das Pfandrecht ganz ungültig werden, wenn vermöge des gewahrten dinglichen Rechts das Recht des Verpfänders an der Sache später völlig und so aufgehoben wird, daß der Wahrende die Sache sofort mit einer dinglichen Klage fordern kann. Namentlich gehört hierher auch der Fall, wenn Jemand ein bedingtes Recht auf Erwerbung der Sache so hat, daß mit dem Eintritte der Bedingung das Eigenthum der Sache ohne Weiteres an ihn fällt und er somit die Sache mit einer dinglichen Klage sofort fordern könnte, z. B. wenn ihm der Eigenthümer eines Gutes dasselbe unter einer Bedingung vermacht hätte. So lange die Bedingung schwebt, ist hier der Erbe Eigenthümer der Sache und als Solcher in das Güterbuch einzutragen, und der Vermächtnißnehmer hat allerdings während dieser Zeit noch gar kein festes Recht an der Sache, sondern nur die Hoffnung, durch Eintritt der Bedingung ein Recht an ihr zu erwerben; das Recht aber, das er in einem solchen Falle durch den Eintritt der Bedingung sofort erwirbt, ist ein dingliches (vgl. C. VI, 43 commun. de legat. est. 3 §. 3), und so handelt es sich deßhalb hier von der Wahrung eines dinglichen Rechts. Bestellte daher der Erbe in der Zwischenzeit an der Sache ein Unterpfand (wozu er als Eigenthümer durchaus befugt ist) und es tritt später die Bedingung ein: so bleibt das Unterpfand gültig und ist auch gegen den Vermächtnißnehmer verfolgbar, wenn er sein bedingtes Recht nicht gewahrt hatte; dagegen fällt das vom Erben bestellte Unterpfand zusammen (cst. 3 §. 3 cit.), wenn der Vermächtnißnehmer sein Recht hatte vormerken lassen (Pfandges. Art. 77). Das Gleiche ist der Fall, wenn der Eigenthümer seine Sache an einen Dritten unter einer auflösenden Bedingung veräußert, Diesem die Sache sofort über-

---

zustand, solche Rechte Dritter, durch welche das gültig erworbene Pfandrecht geschmälert würde, nur dann geltend gemacht werden, wenn sie gewahrt sind.

gibt, so daß Derselbe Eigenthümer wird, und der Erwerber nun (wozu er durchaus berechtigt ist) die Sache verpfändet; tritt nachher die Bedingung ein: so fällt hier in der Regel das Eigenthum der Sache an den Veräußerer ganz von selbst zurück; allein das bestellte Pfandrecht bleibt durchaus gültig und ist auch gegen den Rückerwerber und seine Rechtsnachfolger verfolgbar, wenn das Rückfallsrecht nicht gehörig gewahrt war [51]; war aber das dingliche Rückerwerbungsrecht schon zur Zeit der Verpfändung durch eine Vormerkung im Pfand- oder Güterbuche gehörig gewahrt gewesen: so wird das nachher vom Eigenthümer bestellte Unterpfand an der Sache durch den Eintritt der Bedingung sofort ungültig, sofern, was ja die Regel ist, die Bedingung eine solche ist, welche rückwärts wirkt [52].

Ueberhaupt gilt der Grundsatz „**resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum**“ in solchen Fällen in Beziehung auf Unterpfänder nur, wenn das entgegenstehende Recht, durch welches die Wiederauflösung des Rechts des Einräumenden bewirkt wird, auf die genannte Weise gewahrt worden ist oder der Pfandgläubiger mit demselben bekannt war (§. 14; vergl. auch Bolley I S. 80). Zwar sollte man, wenn man den Art. 8 des Pfandges. liest, glauben, daß Dem nicht so sey, daß vielmehr jener Grundsatz auch in Beziehung auf Unterpfänder un-

---

51) Natürlich, wenn bei der Verpfändung selbst im Pfandbuche schon die Widerruflichkeit des Eigenthums bemerkt ist: so gilt eben dadurch das Recht des Rückerwerbers für gewahrt.

52) Das bestellte Unterpfand hat hier nur die Wirkung, daß derjenige Rückerwerber, welchem etwa für den Rückerwerb einen Preis zu erstatten oder zu bezahlen hat, wenn er von dem bestellten Unterpfande in Kenntniß gesetzt worden ist, diesen Preis, so weit es zu Befriedigung des Pfandgläubigers nöthig ist, an diesen entrichten muß (Pfandges. Art. 8, 77; vergl. auch Pfandentwicklungsges. Art. 71, Abs. 2). Natürlich hängt aber von der Bezahlung des Preises das Freiwerden der Sache vom Unterpfande nicht ab, wenn der Rückerwerber sein Recht gehörig gewahrt hatte. Anderer Meinung scheint zwar Bolley I. S. 72 zu seyn. Allein das Pfandrecht wird ja durch den Rückerwerb nach Art. 8 Abs. 1 des Pfandgesetzes sofort ungültig und dem Pfandgläubiger steht zum Zwecke seiner Befriedigung gegen den Rückerwerber blos eine persönliche Klage auf jenen Preis zu (Pfandges. Art. 8 Abs. 2, Pfandentwicklungsges. Art 71 Abs. 2).

beschränkt gelte. Denn dieser Artikel spricht den Grundsatz ganz allgemein aus, ohne auf eine nothwendige Wahrung des entgegenstehenden Rechts hinzudeuten. Allein aus späteren Artikeln, aus den Artt. 68, 74, 77 ergibt sich, daß die Bestimmung des Art. 8 Abs. 1 wesentlich zu beschränken ist und nur für den Fall gilt, wenn der dritte Berechtigte sein Recht gewahrt hatte oder der Pfandgläubiger mit demselben zur Zeit der Verpfändung bekannt war.

Bei der Wahrung eines dinglichen Rechts durch Vormerkung im Pfand- oder Güterbuche entsteht noch eine weitere Frage. Das Pfandgesetz denkt, wie aus den Artt. 74—78 hervorgeht, bei diesen Wahrungen nur an den zunächst liegenden Fall, d. h. an den Fall, wenn Jemand das dingliche Recht überhaupt, das er an einer Liegenschaft in Anspruch nimmt, sichern will gegen eine Verpfändung der Liegenschaft, die auf den Namen eines Dritten vollzogen werden möchte, also an den Fall einer Wahrung durch einen — so zu sagen — positiven Eintrag des zustehenden oder in Anspruch genommenen dinglichen Rechts. Wie ist es aber in dem Falle zu halten, wenn es sich von Wahrungen gegen Beschränkungen eines uns zustehenden Rechts handelt? In einem solchen Falle kann, wenn das beschränkende Recht im Güterbuche eingetragen ist, es nicht genügen, unser Recht (das durch Jenes beschränkt würde) überhaupt vorzumerken, sondern es muß dasselbe, wenn es gehörig gewahrt seyn soll, entweder als ein unbeschränktes vorgemerkt oder gegen das beschränkende Recht ein — so zu sagen — negativer Eintrag im Pfand- oder Güterbuche bewirkt, eine Verneinung des beschränkenden Rechts, eine Protestation gegen Dasselbe vorgemerkt werden. Zwar spricht das Pfandgesetz von solchen Fällen nicht ausdrücklich, scheint überhaupt nicht an sie gedacht zu haben. Allein das Behauptete folgt mit nothwendiger Consequenz aus den Prämissen, auf welche der Art. 74 sich stützt und aus den Artt. 57 und 65.

Einige Beispiele werden die Sache und die praktische Wichtigkeit der Frage klar machen.

Man nehme den Fall: A ist als Eigenthümer einer Liegenschaft, B als zu einem bedeutenden Grundzinse an derselben Liegenschaft berechtigt im Güterbuche eingetragen; B bestellt an

der ihm zukommenden Reallaſt dem C ein Unterpfand; ſpäter will C ſein Pfandrecht realiſiren; nun aber zeigt es ſich, daß die Reallaſt dem B gar nicht oder daß ſie ihm nur in weit geringerem Betrage, als ſie eingetragen war, zuſtand. Iſt nun hier das Pfandrecht an der Reallaſt ganz oder theilweiſe ungültig? Bei dieſer Frage kommt offenbar Alles darauf an, ob der A ſein entgegenſtehendes Recht gehörig gewahrt hatte. Denn das Pfandrecht an der Reallaſt war auf den Grund des Güterbuches erworben; ein ſolches Pfandrecht iſt aber ganz in der Weiſe, wie es auf den Grund des Güterbuches erworben wurde, gegen jedes nicht gewahrte Recht gültig und ein nicht gewahrtes Recht kann auf keine Weiſe gegen Daſſelbe geltend gemacht werden (S. 156 ff.). Im vorliegenden Falle nun hatte A ſein entgegenſtehendes Recht *nicht* gehörig gewahrt. Denn zu einer gehörigen Wahrung des Rechts wird erfordert, daß durch die Art der Wahrung das fremde Recht *verneint* wird. Der bloße Eintrag des *Eigenthums* (im engeren, wahren Sinne des Worts) enthält, *ſobald* zugleich auch ein daſſelbe beſchränkendes Recht eines Dritten eingetragen iſt, *noch keineswegs eine Verneinung dieſes letzteren Rechts*, da beide Rechte an ſich einander nicht ausſchließen, Jemand Eigenthümer der Sache ſeyn und zugleich einem Dritten eine Reallaſt an der Sache zuſtehen kann. Im obigen Falle iſt daher das Pfandrecht vollkommen gültig und gegen den Eigenthümer verfolgbar, weil dieſer ſein entgegenſtehendes Recht nicht gehörig gewahrt hatte. Zu einer gehörigen Wahrung ſeines Rechts würde in einem ſolchen Falle erforderlich ſeyn, daß der A ausdrücklich als *freier, unbeſchränkter* Eigenthümer eingetragen geweſen wäre oder er eine ausdrückliche Verwahrung eine Proteſtation gegen die Reallaſt in das Pfand- oder Güterbuch *vor* jener Unterpfandsbeſtellung hätte eintragen laſſen. — Aus den gleichen Gründen ſchützt auch die *Vormerkung* eines Eigenthumsrechts nicht gegen die dem Eigenthümer nachtheilige Verpfändung einer im Güterbuche eingetragenen Reallaſt. Wenn z. B. J. als Eigenthümer einer Liegenſchaft, G als Realberechtigter an derſelben im Güterbuche eingetragen iſt, H aber Beides beſtreiten zu können glaubt, weil ihm das *freie* Eigenthum an der Sache zu-

stehe, er läßt aber blos überhaupt sein Eigenthumsrecht im Güterbuche vormerken: so ist er dadurch nicht gehörig gedeckt. Wenn nämlich nun G auf den Grund des Güterbuches die Reallast verpfändet: so muß später H das Pfandrecht und somit die Reallast gegen sich gelten lassen, sollte er auch sein freies Eigenthum an der Liegenschaft nachweisen können; denn gegen die Reallast hatte er sich und sein Eigenthum durch die Vormerkung gar nicht gewahrt. Dadurch nämlich, daß er sich blos überhaupt als Eigenthümer vormerken ließ, verneinte er noch keineswegs die im Güterbuche eingetragene Reallast. Zu diesem Zwecke mußte er sein Eigenthum als ein freies vormerken oder neben der Vormerkung seines Eigenthums eine Protestation gegen die Reallast eintragen lassen.

§. 14. In Beziehung auf diese Wahrungen (§. 12, 13) setzt unser Pfandgesetz noch einen sehr wichtigen allgemeinen Grundsatz fest. Es bestimmt nämlich der Art. 89 desselben in Beziehung auf sämmtliche Einträge in die Gerichtsbücher Folgendes: „Gegen den Nachtheil, welcher aus der Versäumniß eines Berechtigten entsteht, findet, selbst unter Voraussetzung der allgemeinen Bedingungen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statt; es wäre dann, daß der Gläubiger das nicht vorgemerkte Recht gekannt hätte, oder daß derselbe der Wiedereinsetzung ungeachtet dennoch befriedigt werden könnte."

Es wird hiernach Demjenigen, welcher in Beziehung auf eine Wahrung seines Rechts sich irgend versäumte, in keiner Weise geholfen; das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist in dieser Hinsicht auch in den Fällen ausgeschlossen, in welchen es nach den Grundsätzen des bestehenden Rechts wegen Vorhandenseyn eines allgemeinen Wiedereinsetzungsgrundes begründet wäre, so daß namentlich auch Minderjährigen und Denjenigen, welche in Beziehung auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Rechte Minderjähriger haben, wenn für sie wegen der nöthigen Wahrungen irgend etwas versäumt ist, in keiner Weise geholfen wird.

Das Gesetz macht nur zwei Ausnahmen, die eine, wenn der Gläubiger das nicht gewahrte Recht gekannt hatte, die an-

dere, wenn er der Wiedereinsetzung ungeachtet dennoch befriedigt werden könnte.

Bei diesen zwei Ausnahmen entsteht zunächst die Frage: gelten sie schon für sich allein ohne weitere Erfordernisse, d. h. kann der wahre Berechtigte unbedingt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen, wenn der eine oder der andere jener beiden Fälle vorhanden ist, oder kann er sie nur verlangen, wenn der eine von beiden Fällen vorhanden ist und dazu noch einer der in den Gesetzen anerkannten allgemeinen Wiedereinsetzungsgründe hinzukommt, wie z. B. Minderjährigkeit? In Beziehung auf den ersteren Fall sind, so viel ich finde, die Ausleger unsres Pfandgesetzes einig; sie nehmen an, daß die Bekanntschaft des Pfandgläubigers mit dem Anspruche des wahren Berechtigten an und für sich schon genügt, um für den Letzteren die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu begründen, wenn auch nicht noch andere allgemeine Wiedereinsetzungsgründe hinzukommen. Für den letzteren Fall dagegen (wenn der Wiedereinsetzung ungeachtet dennoch der Gläubiger befriedigt werden könnte) sind die Ansichten verschieden. Bolley z. B. (Bd. I S. 299) glaubt, dieser Umstand begründe blos dann Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn noch ein allgemeiner Restitutionsgrund mit ihm zusammentreffe; Mayer dagegen (Bd. I S. 408) hält ein solches Zusammentreffen nicht für nöthig, sondern jenen Umstand allein schon zur Wiedereinsetzung für hinreichend. Dieser letzteren Ansicht ist wohl auch der Vorzug zugeben. Denn das Pfandgesetz spricht sich in Beziehung auf beide Fälle in ganz gleicher Weise aus, und was man daher für den einen annimmt, muß auch für den anderen gelten; darüber aber, daß es beim ersteren Falle ein Zusammentreffen mit einem allgemeinen Wiedereinsetzungsgrunde nicht verlange, kann kein Zweifel seyn, wie schon der Art. 65 beweist.

Was nun aber diesen ersteren Fall, die Bekanntschaft des Gläubigers mit dem nicht gewahrten Rechte eines Dritten, betrifft, der noch einer näheren Betrachtung bedarf: so sollte man nach der allgemeinen Fassung des Art. 74 des Pfandgesetzes glauben, daß nicht gewahrte dingliche Rechte

Dritter, eben weil sie nicht gewahrt sind, gegen den Pfandgläubiger nicht verfolgbar seyen, sollte er sie auch gekannt haben. Denn der Art. 74 sagt ganz absolut: „Ein Dritter, welchem „hinsichtlich der verpfändeten Sache ein Recht zusteht, kann das„selbe, wenn er es vor der Eintragung des Unter„pfandsrechts nicht gewahrt hat, nachher gegen den „eingetragenen Pfandgläubiger nicht mehr geltend „machen." Allein schon aus dem Art. 65 ergibt sich, daß, was bei dem Pfandgesetze, wie schon gezeigt wurde, öfters vorkommt, der Art. 74 zu allgemein und unbedingt gefaßt ist, und man muß die Bestimmungen dieser beiden Artikel combiniren und dadurch den Art. 74 beschränken. Der Art. 65 sagt nämlich: „Wer „ein Unterpfand erwirbt, wird der Regel nach gegen alle ihm „unbekannten Rechte und Ansprüche gesichert, welche zur Zeit „dieser Erwerbung weder im Güterbuche noch im Unterpfands„buche bemerkt gewesen."

Es ist also schon nach diesem Artikel ein Pfandgläubiger, wenn er auf den Grund des Güterbuchs oder der dasselbe vertretenden und ergänzenden Urkunden ein Pfandrecht von einem Unberechtigten erwarb und das Recht des wahren Berechtigten nicht gewahrt war, gegen dieses Recht dann nicht gesichert, wenn er zu der Zeit, in welcher ihm das Unterpfand bestellt wurde, das Recht oder die Ansprüche des Dritten kannte; der wahre Berechtigte kann in einem solchen Falle sein Recht gegen ihn, obwohl er es nicht gewahrt hatte, geltend machen und das bestellte Unterpfand angreifen.

Nach diesem Artikel ist es aber zweifelhaft, ob das dem Rechte eines Dritten widerstreitende Pfandrecht in einem solchen Falle schon an sich ungültig ist oder ob es an sich gültig ist und nur hinterher und zwar in der beschränkten Beziehung gegen den mit dem Anspruche bekannten Pfandgläubiger angegriffen und umgestoßen werden kann. Daß die Frage eine practisch keineswegs unwichtige ist, wird sich unten (Nr. 4) ergeben. Ihre Entscheidung findet sich auf eine indirecte Weise in dem angef. Art. 89, wo man sie freilich nicht suchen sollte. Nach diesem Artikel nämlich soll in einem solchen Falle der berechtigte Dritte blos die Befugniß haben, gegen den wissenden Pfandgläubiger Wiedereinsetzung in den

vorigen Stand zu verlangen. Es ist also die Unterpfandsbestellung — wenn sie auf den Grund des Güterbuches oder von einem Solchen geschah, der von dem im Güterbuche Eingetragenen sein Recht ableitet, S. 177 — in einem solchen Falle an sich gültig; nur findet das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung gegen den wissenden Gläubiger statt und das Unterpfand kann somit dadurch gegen Diesen, so weit das Recht des wahren Berechtigten reicht, hinterher unwirksam gemacht und umgestoßen werden. Hiernach ergeben sich über diesen Fall folgende Grundsätze:

1. Die Bekanntschaft des Pfandgläubigers mit den Ansprüchen Dessen, der ein dingliches Recht an dem verpfändeten Gegenstande hat, ersetzt die Wahrung des dinglichen Rechts [53] insoferne und in so weit, als, wenn der Gläubiger sein Pfandrecht von einem ganz oder theilweise Unberechtigten, aber im Güterbuche als berechtigt Eingetragenen oder von Diesem sein

53) Natürlich handelt es sich hier blos von dinglichen Rechten. Blos persönliche Rechte und Ansprüche können aus dem Grunde, weil sie dem Pfandgläubiger zur Zeit der Erwerbung seines Pfandrechts bekannt gewesen seyen, zum Nachtheile seines dinglichen Rechts, des Pfandrechts, nicht geltend gemacht werden. Denn durch ein blos persönliches Recht, welches ein Dritter in Beziehung auf eine Sache gegen den Eigenthümer hat, wird ja überhaupt die Gültigkeit einer Veräußerung der Sache oder einer dinglichen Belastung derselben, die der Eigenthümer vornimmt, nicht gehindert (vergl. auch Bolley B. 1 S. 271, 300). Zwar macht von diesem letzteren Satze unsre Pfandgesetzgebung, wie im §. 15 und 18 gezeigt werden wird, eine schwerlich zu rechtfertigende Ausnahme; nur geht sie dabei doch nicht so weit, auch schon die bloße Kenntniß bestehender persönlicher Ansprüche und Rechte dem Pfandgläubiger nachtheilig werden zu lassen, und ausdrücklich sagt dieß auch das Pfandentwicklungsgesetz Art. 70, indem es sich dahin ausspricht: „Wer in Folge einer persönlichen Verbindlichkeit des Schuld„ners, ohne ein auf der Sache selbst haftendes Recht, auf eine zur Concurs„masse gehörige Sache Anspruch macht, hat vor den übrigen Gläubigern „des Schuldners kein Vorrecht. Auch steht ein solchen Anspruch an „sich, selbst wenn der Gläubiger denselben zur Zeit der Erwer„bung seines Pfandrechts kannte, der Gültigkeit und Wirksam„keit des Pfandes nicht im Wege.“ Gut war es übrigens, daß diese ausdrückliche Entscheidung der Frage gegeben wurde. Denn der Art. 89 des Pfandgesetzes ist in dieser Hinsicht wieder viel zu allgemein und so gefaßt, daß man nach seiner Fassung auf das Gegentheil schließen müßte.

Recht Herleitenden erworben hat (denn wenn er es nicht auf diesen Grund erwarb: so ist überhaupt eine Wahrung entgegenstehender Rechte in der Regel nicht nöthig; oben S. 177 f.) und der wahre Berechtigte seine Rechte in den Gerichtsbüchern nicht gewahrt hatte, der Letztere seine nicht gewahrten Rechte doch gegen den Pfandgläubiger verfolgen und geltendmachen, somit das Unterpfand angreifen kann, wenn der Gläubiger von jenen Rechten schon zu der Zeit, in welcher er das Unterpfand erwarb, wußte. Es ist aber

2. nicht einmal nöthig, daß die Rechte des Dritten dem Gläubiger *als Rechte* bekannt waren d. h. daß der Gläubiger wirklich wußte, der Gegner sey der wahre Berechtigte, sondern es genügt, wenn er nur wußte, daß der Gegner dingliche *Ansprüche* an die Sache mache, und es sich später zeigt, daß diese Ansprüche wirklich begründet waren, daß der Gegner wirklich Berechtigter war (Pfändgesz. Art. 65). Wenn z. B. der A im Güterbuche als Eigenthümer eines Ackers ohne Beschränkung eingetragen ist, während er blos ein Nutznießungsrecht am Acker hat und seinem Sohne B das Eigenthum zusteht [53a], und er an diesem Acker dem C ein Unterpfand bestellt, C aber wußte,

---

53 a) Dieß kann bei unsren Güterbüchern gar leicht vorkommen wegen der gewiß ganz ungeeigneten Vorschrift, die noch in neuerer Zeit wiederhohlt wurde, daß das *Grundeigenthum der Kinder*, welches in Verwaltung und Genuß der Eltern steht, *auf den Namen der Eltern* in das Güterbuch eingetragen werden soll. Zwar soll dabei das betreffende Rechtsverhältniß genau angegeben werden. Allein wie leicht kann hier ein Verstoß oder eine Ungenauigkeit vorgehen, und überhaupt möchte man fragen, wie läßt es sich bei der Wichtigkeit unsrer Güterbücher für die Privatrechtsverhältnisse irgend begründen, daß Liegenschaften *nicht* auf den Namen *des bekannten und anerkannten Eigenthümers*, sondern auf den Namen des *Nichteigenthümers* eingetragen werden sollen! Dabei ist noch zu erwägen, daß *minderjährige Kinder* bei Verstößen, die in solchen Fällen etwa gegen sie gemacht werden, gegen deren nachtheilige Folgen *keine* Wiedereinsetzung anzusprechen haben, außer in den beiden sehr beschränkten Fällen des Art. 89. Jene Vorschrift (vom J. 1832) läßt sich wohl nur dadurch erklären, daß man die große und nur zu gefährliche Bedeutung, welche die Güterbücher durch die neuere Gesetzgebung für das Privatrecht erlangt hatten, dabei nicht beachtete und nur an ihre Function als *Steuerbücher* dachte.

den Ansprüchen des dinglich berechtigten Dritten begründete Angreifbarkeit des von einem Nichtberechtigten bestellten Unterpfandes erstreckt sich auch auf die Nachfolger des Gläubigers, aber auf Diese nur theilweise.

Geht nämlich in solchen Fällen das Pfandrecht des Gläubigers auf einen Universalnachfolger desselben über: so kann es keinen Zweifel leiden, daß bei dem Letzteren das Pfandrecht nicht wirksamer seyn kann, als es bei seinem Vorgänger war; der Dritte, welcher sein Recht nicht gewahrt hatte, kann doch wegen der Wissenschaft dieses Vorgängers auch gegen den Universalnachfolger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlangen, weil die Wissenschaft des Vorgängers dem Universalnachfolger desselben wie eigene Wissenschaft angerechnet werden muß. Anders ist es dagegen, wenn das Pfandrecht des Gläubigers auf bloße Singularnachfolger desselben übergeht. Wenn z. B. in dem oben S. 208 Nr. 4 gesetzten Falle der Gläubiger B seine Forderung mit dem Pfandrechte an den D verkauft und abtritt und D von den Ansprüchen des C nichts wußte und diese auch nicht gewahrt waren: so kann der C sein dingliches Recht gegen den neuen Pfandgläubiger nicht geltend machen; vielmehr ist das auf den Grund des Güterbuchs bestellte und später auf den D übergegangene Pfandrecht auch gegen den wahren Eigenthümer wirksam, so fern er sein Recht nicht gewahrt hatte. Denn abgesehen davon, daß der Art. 65 Jeden, „der ein Unterpfand erwirbt," gegen alle nicht gewahrten Rechte und Ansprüche schützt, wenn sie „ihm unbekannt" waren, hier aber D von den Rechten des C nichts wußte und die Wissenschaft seines Vorgängers ihm nicht angerechnet werden kann, da er nicht Universalnachfolger desselben ist: so wird dieß noch ausdrücklich ausgesprochen im Art. 72 des Pfandges. Nur gilt das eben Gesagte nicht unbedingt von jedem Singularnachfolger. Denn nach Art. 72 ist Derjenige, der eine versicherte Forderung auf den Grund der Einträge in das Unterpfandsbuch erwirbt, gegen die nicht gewahrten Rechte und Ansprüche Dritter, welche der Vorgänger in Folge seiner eigenen Wissenschaft gegen sich anerkennen müßte, nur dann gesichert, wenn seine Erwerbung „mit lästigem Titel und in gutem Glauben" geschah.

Erwarb er daher die Pfandforderung auf eine nicht lästige Weise d. h. ohne eine Gegenleistung, z. B. durch ein Vermächtniß oder durch eine Schenkung: so können diejenigen nicht gewahrten dinglichen Rechte und Ansprüche Dritter, die seinem Vorgänger zu der Zeit, in welcher Diesem das Pfandrecht bestellt wurde, bekannt waren, auch gegen ihn geltend gemacht werden und das Pfandrecht ist durch das Rechtsmittel der Restitution ganz in derselben Weise angreifbar, wie es gegen den ursprünglichen Pfandgläubiger angreifbar war; ebenso können diese Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden, wenn er das Pfandrecht zwar unter lästigem Titel aber nicht im guten Glauben erwarb, (d. h. wenn er zur Zeit der Erwerbung mit den nicht gewahrten Ansprüchen des wahren Berechtigten bekannt war). Zweifelhaft ist es aber, ob diese Ansprüche selbst dann gegen ihn geltend gemacht werden können und durch sie sein Pfandrecht angegriffen werden dürfe, wenn sein Vorgänger mit jenen Ansprüchen nicht bekannt war, aber er, der Nachfolger, zur Zeit des Eintritts in die Pfandforderung jene Ansprüche kannte [55].

55) Bejaht wird die Frage von Seeger B. I S. 228, 229 Mayer B. I S. 410 (unter einer jedenfalls richtigen Beschränkung). Verneint wird sie von Bolley B. I S. 254 f. Mir scheint Bolley's Ansicht die richtige zu seyn. Zwar scheinen die Artt. 65 und 89 für die Bejahung der Frage zu sprechen und ein Theil der Zweifel, welche Bolley aufwirft, würden sich theils dadurch beseitigen, daß es sich hier nicht von einer ursprünglichen Ungültigkeit des Pfandrechts handelt, sondern von einer bloßen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein an sich gültig erworbenes Pfandrecht, theils dadurch, daß es sich von selbst versteht, daß die Kenntniß des fremden Rechts dem Rechtsnachfolger in solchen Fällen nur dann schaden würde, wenn er sie zur Zeit der Erwerbung des Pfandrechts hatte. Allein — und dieß entscheidet wohl für Bolley's Ansicht — der Art. 72 des Pfandgesetzes erklärt so bestimmt und so allgemein, Jeder, auf welchen eine durch Unterpfänder versicherte Forderung übertragen werde, könne zur Zurückweisung der Ansprüche Dritter die Rechte seines Vorgängers geltend machen, daß man nicht anders kann, als annehmen muß, der Cessionar sey jedenfalls durch den guten Glauben, in welchem sein Vorgänger das Pfandrecht erwarb, gedeckt. Auch würde bei der entgegengesetzten Ansicht einem Pfandgläubiger, der von einem im Güterbuche eingetragenen Unberechtigten sein Pfandrecht im guten Glauben erwarb, der Verkehr mit diesem Pfandrechte, die Abtretung seiner Pfandforderung ganz unmöglich gemacht,

§. 15. B. Wahrung bloßer persönlicher Rechte.

Durch bloße persönliche Rechte, welche Jemand in Beziehung auf unsre Sache gegen uns hat, wird die Gültigkeit dinglicher Rechte, die wir Dritten an der Sache einräumten, nicht gehindert. Dieß folgt ganz consequent aus der Natur des dinglichen und des persönlichen Rechts, wie das gemeine und unser particuläres Recht dieselbe mit Recht auffaßt und bestimmt. Das persönliche Recht wirkt nicht gegen die Sache, sondern blos gegen die aus besondern Gründen verpflichtete Person. Wenn daher der persönlich Verpflichtete dingliche Rechte an seiner Sache einem Dritten einräumt: so kann der gegen den Einräumenden blos persönlich Berechtigte sein persönliches Recht nicht gegen den dinglich Berechtigten Dritten geltend machen, eben weil sein Recht nicht gegen die Sache selbst geht und weil ihm der dinglich berechtigte Dritte nicht verpflichtet ist. Ist z. B. Jemand in Folge eines Verkaufs oder eines Schenkungsvertrags persönlich verpflichtet, mir seine Sache nach einer gewissen Zeit zu überlassen, ehe aber diese Zeit eintritt, veräußert er sie an einen Dritten und übergibt sie Demselben, so daß nun Dieser das Eigenthum der Sache erwirbt: so kann ich vermöge meines blos persönlichen Rechts das dingliche Recht, das der Dritte an der Sache erwarb, nicht brechen und dem Dritten die Sache nicht abfordern, eben weil er mir zu gar nichts persönlich verpflichtet ist, mein Recht aber nicht an die Sache selbst, sondern blos an die Person Dessen geht, der mit mir den Vertrag schloß, und so bleibt mir in einem solchen Falle nichts übrig, als ein Recht auf Entschädigung gegen meinen Contrahenten. Ebenso, wenn in dem angegebenen Falle der Verkäufer oder Schenker die Sache, ehe er sie mir übergibt, an einen Dritten verpfändet, indem er glaubt, er werde die Pfandschuld abtragen können, ehe die Zeit, in welcher er die Sache herausgeben muß, eintreten würde, bleibt das Pfandrecht ganz gültig, wenn auch noch vor Abtragung

---

wenn in der Zwischenzeit vor dieser Abtretung der wahre Berechtigte die Wahrung seines Rechts noch nachhohlen würde. Man muß Das, was die Artt. 89 und 65 von der Bekanntschaft mit dem Rechte Dritter sagen, beschränken auf den ursprünglichen Erwerber des Pfandrechts; denn sonst würden diese Artikel im Widerspruche mit dem ersten Absatze des Art. 72 stehen.

der Pfandschuld der Zeitpunkt eintritt, an welchem der Verpfänder vermöge seiner persönlichen Verpflichtung mir die Sache herausgeben muß. Denn der Verpfänder war als Eigenthümer befugt, die Sache dinglich zu belasten, und ich, der blos persönlich Berechtigte, kann in keiner Weise das dingliche Recht, welches der Dritte erworben hatte, angreifen, da mein persönliches Recht blos gegen meinen Paciscenten geht; auch hier kann ich blos von diesem Letzteren Entschädigung verlangen.

Es kann hiernach nach den bestehenden allgemeinen Grundsätzen unsres positiven gemeinen und particulären Rechts das blos persönliche Recht eines Dritten einem vom Eigenthümer bestellten Pfandrechte in keiner Weise Eintrag thun.

Namentlich gilt dieß auch in dem Falle, wenn Jemand auf Erwerbung oder Wiedererlangung einer Liegenschaft ein persönliches Recht, z. B. aus einem Kaufe, Tausche u. s. w. hat. Durch dieses blos persönliche Recht wird der Eigenthümer in der Bestellung dinglicher Rechte und namentlich eines Pfandrechts an seiner Sache nicht gehindert; das von ihm bestellte Pfandrecht kann von jenem blos persönlich Berechtigten in keiner Weise angegriffen werden, und wenn das persönliche Recht des Berechtigten sich später realisirt d. h. auf ihn das Eigenthum der Sache durch Uebergabe derselben übertragen wird: so kann der Pfandgläubiger, der von dem früheren Eigenthümer sein Pfandrecht erworben hatte, gegen den neuen Eigenthümer, wie gegen jeden Dritten, sein vor dieser Eigenthumserwerbung wohlerworbenes Pfandrecht geltend machen und ihm zum Zwecke seiner Befriedigung die Sache abfordern.

Von diesen Grundsätzen eine Ausnahme zu Gunsten des blos persönlich Berechtigten zu machen, dazu liegt ein genügender legislativer Grund nicht vor; vielmehr würde durch eine solche Ausnahme die Consequenz unsres Rechts ganz gestört [55a] und für den Verkehr manches Mißliche herbeigeführt.

Leider aber macht unsre Gesetzgebung eine solche Ausnahme auf eine bedenkliche Weise.

Zwar hatte in dieser Beziehung die Regierung in dem

---

55 a) Dieß erkennt auch Mayer B. I S. 376 an.

Entwurfe des Pfandgesetzes an der Consequenz des bestehenden Rechts und Demjenigen, was seinem Geiste gemäß ist, festgehalten, indem sie einem blos persönlichen Rechte auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines Gutes, sollte es auch in die öffentlichen Bücher eingetragen oder in denselben vorgemerkt seyn, durchaus nicht die Wirkung beilegte, daß es einem Pfandrechte, das vom Eigenthümer der Sache bestellt wurde, irgend Eintrag thun könnte; sie hielt sich somit hier sehr mit Recht durchaus an die Grundsätze des bestehenden Rechts. Allein die ständische Commission, welche den Entwurf des Pfandgesetzes zu begutachten hatte, war hier anderer Ansicht und setzte leider den Antrag durch, daß auch blos persönliche Rechte, wenn sie auf Erwerbung oder Wiedererlangung einer Liegenschaft gehen, in den Gerichtsbüchern vorgemerkt und dadurch gegen Verpfändungen der Liegenschaft, die der Eigenthümer derselben vornimmt, gesichert werden können. Es bestimmt daher das Pfandgesetz Art. 75—77, daß, wer ein auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines Gutes abzweckendes persönliches Recht bescheinigen könne, befugt sey, dieses Recht in dem Unterpfands- oder Güterbuche vormerken zu lassen, und daß dann diese Vormerkung in Beziehung auf Pfandrechte, welche später der Eigenthümer der Sache an derselben bestelle, ganz die im §. 13 näher ausgeführten Wirkungen habe, so daß also Pfandrechte, welche der Eigenthümer, sollte er auch im Güterbuche als Solcher eingetragen seyn, nach geschehener Vormerkung des persönlichen Rechts bestellte, ganz ungültig werden, wenn das vorgemerkte Recht als begründet erkannt wird und nun später der persönlich Berechtigte sein persönliches Recht auf Ausantwortung der Sache realisirt, eine Bestimmung, durch welche ein solches persönliches Recht gegenüber von Unterpfändern auf eine sehr unjuristische Weise ganz die Kraft eines dinglichen Rechts bekommt [56].

56) Die ständische Commission (Ständ. Verhandlgn v. 1824 III Beil.H. S. 233) führte zu Begründung dieses ihres Antrags an: „Die Commission „ging nach dem Vorgang anderer Gesetzgebungen“ (wohl der Baierischen; denn die Preussische ist mit Recht dagegen) „noch weiter, als „der Gesetzesentwurf; sie dehnt die Zulässigkeit und die Wirkung der Vor-

Später aber blieb man nicht einmal bei dieser großen und gewiß nicht zu rechtfertigenden Aenderung des bestehenden Rechts stehen, sondern ging noch viel weiter. Die Ausdehnung dieser

---

„merkungen auch auf persönliche Ansprüche aus, jedoch in der Beschrän„kung auf solche Ansprüche, welche die Erwerbung oder Wiederer„langung eines Gutes bezwecken, weil diese sonst durch Verpfändungen, „welche in der Zwischenzeit, bis die Ansprüche geltend gemacht werden kön„nen oder bis darüber, wenn sie streitig sind, ein rechtskräftiges Erkenntniß „erfolgt, gar leicht vereitelt werden könnten. Auch kann eine solche Vor„merkung nur auf die Gültigkeit oder Wirksamkeit des nachher bestellten „Unterpfands Einfluß haben. Dagegen ist es gar nicht die Meinung „Ihrer Commission, daß nun ein solcher creditor speciei, wenn es „mit dem Schuldner zum Concurs kommt, gegenüber von der Gesammtheit „der Gläubiger durch die Vormerkung ein Vorrecht erlange oder daß er „wohl gar Denen, welche ihr Eigenthum vindiciren, an die Seite zu stellen „wäre“ (leider ging man sogar auch in der letzteren Beziehung im Jahre 1828 noch weiter, wie unten erhellen wird). — Bolley, von dem jener Antrag der Commission wohl herrührte, sucht ihn (Bemerkk. z. Pfandges. I S. 62) besonders durch zwei Betrachtungen zu rechtfertigen, einmal daß dadurch die Einfachheit gewonnen werde, welche der ganze Zweck des Gesetzes nothwendig fordere, indem ein Gemeinderath darüber, ob ein Anspruch auf Erlangung einer Sache persönlicher oder dinglicher Art sey, in der Regel nicht urtheilen könne, jeder Gläubiger aber hinreichend gewarnt sey, wenn er den Anspruch eines Dritten auf die ihm verpfändete Sache in dem Unterpfands- oder Güterbuche eingetragen finde; sodann daß es doch nicht abzusehen sey, warum man dem Gläubiger einer Species die Sicherung seiner Ansprüche nicht eben so wohl möglich machen sollte, wie dem Gläubiger von Geldforderungen. Allein 1. Einfachheit auf Kosten aller Consequenz des Rechts ist eine bedauerliche Einfachheit und muß nur zu Unsicherheit in der Handhabung des Rechts und zu Verwirrung führen. 2. Wenn die Gemeinderäthe über die persönliche oder dingliche Natur des Anspruchs nicht gehörig urtheilen können: so könnten sie ja da, wo sie im Zweifel über die Sache sind, den Anspruch stets vormerken, indem über die rechtliche Wirkung dieser Vormerkung nicht sie, sondern seiner Zeit der Richter zu entscheiden hat. Uebrigens ist gerade durch die spätere Gesetzgebung, durch den unten §. 18 auszulegenden Art. 71 des Pfandentwicklungsgesetzes, der wohl ebenfalls von Bolley herrührt (vrgl. Bolley I S. 268, 270, II S. 679), die Pfandbehörde doch in die Nothwendigkeit gesetzt, über jene Verschiedenheit auf eine für das Recht des sich Wahrenden weit gefährlichere Weise zu entscheiden, weil nun bei Ansprüchen, welche dinglicher Natur sind, eine bloße Vormerkung und zwar im Pfand- oder Güterbuche hinreicht, bei Ansprüchen aber, welche persönlicher Natur sind, ein Eintrag in das Pfandbuch

Anomalie, von welcher die ständische Commission im Jahre 1824 erklärte, daß es gar nicht ihre Meinung sey, so weit zu gehen und darauf anzutragen (s. Note 56), wurde durch das Pfandentwicklungsgesetz im Jahre 1828 wirklich zum Gesetze erhoben und so der Riß in unser Rechtssystem und in die Principien unsres Privatrechts auf eine fatale Weise vergrößert. Da aber die neue Norm, durch welche die Bestimmungen der Artt. 75—77 des Pfandgesetzes wesentlich umgeformt und erweitert wurden, nicht blos auf die Verhältnisse solcher persönlichen Rechte zu Unterpfändern sich beschränkt, sondern eine sehr allgemeine viel weiter gehende Beziehung hat: so wird es geeigneter seyn, sie unten (§. 18) darzustellen, und damit auch die Ausführung

---

und zwar auf den Beschluß der Pfandbehörde mit allen Förmlichkeiten einer Unterpfandsbestellung nothwendig ist, und keineswegs eine Vormerkung im Güterbuche genügt, wie Volley III S. 1290, 1291 selbst zugibt. 3. Dem Gläubiger einer Species die Sicherung seiner Ansprüche gegen Verpfändungen von Seiten des Eigenthümers durchaus möglich zu machen, ist keine absolute Forderung des Rechts, und daß eine solche Sicherung auch auf andere Weise ohne Verletzung der Consequenz des Rechts möglich seyn würde, gibt Volley selbst zu. Auch ist ja der Gläubiger einer Geldforderung an sich keineswegs gesicherter als der Gläubiger einer Species; er ist es nur dann, wenn er sich ein Pfand bestellen läßt, also blos als Pfandgläubiger; eine Sicherung, die sich ja auch der Gläubiger einer Species verschaffen kann. Nun aber durch eine bloße Vormerkung des Rechts des Gläubigers einer Species Dieses in seiner Natur sich ganz ändern und zu einem dinglichen erheben zu lassen, ist ja ein Hinausgehen über die Prämisse und räumt ihm weit mehr ein, als dem Gläubiger von Geldforderungen eingeräumt ist. 4. Wenn Volley I S. 63 sagt, der Pfandgläubiger wisse ja genau, wie er daran sey, er könne nicht getäuscht werden: so ist dieß richtig; aber dadurch wird doch in der That die Sache nicht gerechtfertigt, sowenig überhaupt ein anjuristisches Gesetz dadurch gerechtfertigt wird, daß man im Voraus weiß, mit welchen Nachtheilen es uns bedroht. Namentlich kann aber jene Bestimmung für den Eigenthümer der Sache sehr nachtheilig wirken. Denn wenn der Wahrung persönlicher Ansprüche die Wirkung beigelegt wird, welche unser Gesetz ihr wirklich beilegt: so wird der Eigenthümer der Sache Niemanden finden, der ihm irgend Geld auf die Sache leiht (s. unten §. 18), und es werden somit die Interessen des Eigenthums auf eine empfindliche Weise durch eine Bestimmung verletzt, welche im entschiedensten Widerspruche mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen steht.

Dessen zu verbinden, was über Wahrung persönlicher auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines Gutes gehender Rechte im Verhältnisse zu Unterpfändern jetzt gilt.

II.

Bedeutung der Einträge in die Gerichtsbücher für dingliche Rechte überhaupt.

§. 16. Nach dem Ausgeführten haben die Einträge in die Gerichtsbücher bei der Frage über die Befugniß zu Unterpfandsbestellungen und über das Verhältniß zu bestellten Unterpfändern einen sehr großen Einfluß auf die Wirksamkeit der eingetragenen und vorgemerkten Rechte. Allein bei diesem doch in so ferne, als er sich blos auf die Unterpfandsverhältnisse bezog, immerhin noch beschränkten Einflusse blieb unsre Gesetzgebung leider nicht stehen; sie dehnte ihn auch noch auf andere Verhältnisse aus, eine Ausdehnung, welche, durch die Ausbildung und Rundung des Pfandsystems gar nicht geboten, gewichtigen legislativen Bedenken unterliegt und gar wohl verdiente, durch ein neues Gesetz wieder abgeschafft zu werden, um die Einfachheit und Consequenz unsres früheren Rechts wieder herzustellen.

Diese Ausdehnung und die allgemeine Bedeutung, welche die Einträge in die Gerichtsbücher für dingliche und persönliche Rechte überhaupt haben, konnte nicht eher dargestellt werden, als nachdem die besondere Bedeutung derselben im Verhältnisse zu Unterpfandsbestellungen näher erörtert und festgestellt war, indem gerade jene allgemeine Bedeutung aus dieser besonderen sich entwickelte und mit ihr in einer so wesentlichen Beziehung steht, daß hier dem Allgemeinen nothwendig das Besondere vorangehen mußte.

Es wurde nämlich — was zunächst die Bedeutung der Einträge in die Gerichtsbücher für dingliche Rechte überhaupt betrifft — Das, was das Pfandgesetz über die Bedeutung des Eintrags dinglicher Rechte bei Unterpfandsbestellungen festsetzt, später sehr erweitert durch das Pfandentwicklungsgesetz von 1828, und zwar auf eine Weise erweitert, der,

wie gesagt, die größten legislativen Bedenken entgegenstehen. Manchen unsrer Schriftsteller war aber diese Erweiterung nicht einmal genug; sie dehnen sie noch mehr aus, als nach dem Gesetze sich rechtfertigen läßt, und halten sich namentlich nicht gehörig an den Grundsatz, daß Singularitäten nicht zu begünstigen sind, daß vielmehr ein Gesetz, welches Singularitäten festsetzt, streng auszulegen und möglichst zu beschränken ist. Und gerade hier befinden wir uns durchaus auf dem Boden von Singularitäten, in die unsre Gesetzgebung sich hineinziehen ließ.

Am Sichersten werden wir auf ein festes und überzeugendes Resultat kommen, wenn wir zunächst die Frage nach dem Pfandgesetze von 1825 untersuchen und dann erst auf den Inhalt des Pfandentwicklungsgesetzes von 1828 übergehen. Denn das Letztere verhält sich zum Ersteren bei dieser Frage nur, wie die erweiternde Quelle zur Grundlage. Im Allgemeinen beließ das Entwicklungsgesetz es in dieser Beziehung bei den Grundsätzen des Pfandgesetzes; nur in einer Richtung, aber in einer sehr weitgreifenden, in Beziehung auf die Sicherung der Rechtsnachfolger, fügte es wichtiges Neues hinzu.

Was nämlich den Inhalt des Pfandgesetzes über die Bedeutung der Einträge in die Gerichtsbücher für die dinglichen Rechte überhaupt betrifft: so ist

1. der Grundsatz, daß Derjenige als Berechtigter gelte, welcher als Solcher im Güterbuche oder den dasselbe ergänzenden und vertretenden Urkunden eingetragen ist, kein allgemeiner, durchgreifender; er gilt zunächst blos in Beziehung auf Verpfändungen, d. h. es gilt keineswegs allgemein der Grundsatz, daß ein solcher als dinglich berechtigt Eingetragener wirklich als dinglich Berechtigter durchaus zu behandeln ist. Denn der Art. 57 des Pfandgesetzes bestimmt blos, daß ein solcher Eingetragener in Beziehung auf Unterpfandsbestellungen als der Berechtigte gelte. Aber auch selbst in dieser Beziehung gilt der Grundsatz nicht einmal durchaus, sondern nur mit einer sehr bedeutenden Beschränkung; denn er gilt nicht gegenüber von Solchen, welche ihr entgegenstehendes Recht gehörig gewahrt haben (S. 156 f.).

2. Es wird daher durch den Eintrag in das Güterbuch keines-

wegs das Eigenthum einer Sache erworben[57]; überhaupt ist dieser Eintrag für die Erwerbung des Eigenthums und anderer dinglicher Rechte an sich völlig indifferent. Dadurch, daß ein Nichteigenthümer in das Güterbuch als Eigenthümer eingetragen wird, geht das Eigenthum nicht auf ihn über und verliehrt der bisherige Eigenthümer sein Eigenthum nicht (vrgl. auch Pfandges. Art. 68, 69). Vielmehr werden dingliche Rechte nur auf den Wegen erworben, die schon nach dem früheren Rechte die maaßgebenden waren, z. B. Eigenthum nicht durch gerichtliche Insinuation und Eintrag in das Güterbuch, sondern erst durch Uebergabe von Seiten des bisherigen Eigenthümers, durch Antretung einer Erbschaft, durch Ersitzung, durch Erwerb eines Vermächtnisses u. s. w.[58]. Namentlich kann daher, wenn ein Unberechtigter als Eigenthümer in das Güterbuch eingetragen ist und die Sache besitzt, der wahre Eigenthümer ohne Anstand ihm die Sache mit der Eigenthumsklage abfordern, sobald er gegen den Besitzer sein Eigenthum nachweist.

3. Der Eintrag in das Güterbuch ist nicht einmal allgemein maaßgebend für den *Beweis* des Eigenthums oder des sonst eingetragenen dinglichen Rechts; er begründet nicht einmal an sich allgemein eine rechtliche Vermuthung für das Recht des Eingetragenen. Zwar ist in dieser Beziehung *Reyscher* V. Privatr. §. 242 Nr. 3 anderer Ansicht, indem er glaubt, daß Jeder, welcher nach dem Güterbuche oder sogar nach dem Vertragsbuche als Berechtigter erscheine, bis zum Beweise des Gegentheils als Solcher vermuthet werde. Hiernach würde also der Grundsatz, daß für den *Besitzer* der Sache die Rechtsvermuthung spreche, im Verhältnisse zu dem im Güter- oder Vertragsbuche Eingetragenen aufgehoben und der Grundsatz, daß für den im Güter-

---

57) In dieser Beziehung wird namentlich das Pfandgesetz mißverstanden von *Rümelin* in *Sarwey's* Monatschrift Bd. II S. 387, indem er zu glauben scheint, daß nach Art. 57 des Pfandgesetzes durch den Eintrag in das Güterbuch die Sache gerade so erworben werde, wie durch Uebergabe. Schon der Art. 6 und 68, 69 des Pfandgesetzes beweist, daß man bei der Pfandgesetzgebung an einen solchen Grundsatz gar nicht dachte.

58) Der gleichen Ansicht sind z. B. auch *Seeger* Bd. I S. 212, *Mayer* Bd. I S. 336.

oder Kaufbuche Eingetragenen eine solche Vermuthung spreche, an seine Stelle gesetzt seyn. Dieß wäre legislativ mehr als bedenklich und läßt sich wohl auf keine Weise rechtfertigen, wie es auch in unsrer Praxis nicht angenommen wird[58a]. Kein Gesetz setzt allgemein fest, daß überhaupt für das Recht des Eingetragenen eine rechtliche Vermuthung streite, wie auch Reyscher keines anzuführen wußte, und die Natur der Sache ist ebensowenig dafür; auch läßt sich ein solcher Grundsatz ohne Gesetz um so weniger annehmen, als die Urkunden, aus welchen bei der Führung des Güterbuchs zu schöpfen ist, eine vollständige und sichere Nachweisung über die bestehenden Rechtsverhältnisse gar nicht geben können, da Eigenthum und andere dingliche Rechte auch auf Wegen erwerbbar sind, die gar nicht sofort zur Kenntniß der Behörden kommen, und selbst bei einer gerichtlich zu insinuirenden Veräußerung die gerichtliche Insinuation zur Gültigkeit der Veräußerung und zum Uebergang des Eigenthums in der Regel gar nicht erforderlich ist (vrgl. S. 161, 168), auch das Verfahren bei Führung der Güterbücher für die gehörige Beachtung aller Rechte nicht genügende Garantie gibt. Es bleibt daher im Allgemeinen auch bei uns bei dem auf guten Gründen beruhenden Grundsatze des gemeinen Rechts, daß für den Besitzer der Sache, wenn ein Dritter gegen ihn als Kläger auftritt, die Vermuthung des Rechts streitet, sollte auch der Dritte in den Gerichtsbüchern als Berechtigter eingetragen seyn. Wenn deßhalb Jemand eine Sache, für deren Eigenthümer er sich hält, besitzt und ein Dritter gegen ihn mit der Eigenthumsklage auftritt: so muß der Kläger, sollte er auch im Güterbuche als Eigenthümer eingetragen seyn, doch den Beweis seines Eigenthums gegen den Besitzer, für welchen eben seines Besitzes wegen die Vermuthung des Rechts spricht, führen und der bloße Eintrag in dem Güterbuche gilt für einen solchen Beweis nicht, so daß der Kläger, wenn er nicht durch andere Beweisgründe den Beweis führen kann, abzuweisen ist.

4. Eine Ausnahme in dieser Beziehung machte das Pfand-

---

58 a) Die richtige Ansicht hat Seeger a. a. O. und derselben scheint auch Weishaar Handb. II §. 482 im Anf. zu seyn.

geſetz blos in Beziehung auf Unterpfandsbeſtellungen. In dieſer Beziehung ſtreitet, wie unter Nr. 1 angeführt iſt, für den im Güterbuche oder den daſſelbe-ergänzenden und vertretenden Urkunden als Inhaber eines dinglichen Rechts Eingetragenen eine ſogar jeden Gegenbeweis ausſchließende Rechtsvermuthung, falls nicht die entgegenſtehenden Rechte Dritter gewahrt ſind, ſo daß, wenn ein ſolcher Eingetragener an dem Rechte, das ihm zugeſchrieben iſt, ein Unterpfand beſtellt, das Unterpfand ſelbſt dann gültig und wirkſam iſt, wenn es ſich auch zeigt, daß dem Verpfänder das Recht gar nicht zuſtand [59] (außer es wäre das entgegenſtehende Recht vom wahren Berechtigten gewahrt worden oder — ein Fall, in welchem wenigſtens Wiedereinſetzung gegen das beſtellte Unterpfand ſtatthat — der Gläubiger hätte zur Zeit der Erwerbung ſeines Unterpfandes die Anſprüche des wahren Berechtigten gekannt).

5. Die angeführte Sicherung, die ein ſolcher Pfandgläubiger genießt, muß natürlich auch ſeinen Rechtsnachfolgern zu gut kommen.

Wenn daher der Pfandgläubiger ſeine Pfandforderung an einen Dritten abtritt und ſpäter aus dem Grunde, weil der Verpfänder nicht Eigenthümer der verpfändeten Sache geweſen

---

59) Dieſer Schutz bezieht ſich aber blos auf den Unterpfandsgläubiger, natürlich nicht auch auf die gemeinen Gläubiger eines Schuldners. So iſt es doch wohl auch zu verſtehen, wenn Bolley Bd. III S. 1254 zum Art. 53 des Pfandentwicklungsgeſetzes, welcher auch blos von Hypothekargläubigern ſpricht, ſagt: „Daß in Beziehung auf unbewegliches Vermögen Abſonderungsan„ſprüche, welche zur Zeit einer Unterpfandsbeſtellung nicht in den öffentlichen „Büchern eingetragen, oder den Gläubigern wenigſtens nicht bekannt wa„ren, den Letzteren nicht gefährlich werden können, ergibt ſich aus den in dieſem „Artikel angeführten Geſetzesſtellen.“ Unter den Gläubigern verſtand Bolley hier doch wohl nur die Pfandgläubiger. Denn kein Geſetz geht ſo weit, gar den gemeinen Gläubigern hier Rechte gegen den wahren Eigenthümer der Sache zu geben. Uebrigens iſt jedenfalls Das, was Bolley ſagt, in anderer Beziehung zu allgemein, wie ſchon der Art. 68 des Pfandgeſetzes beweist. — Auch iſt noch zu beachten, daß für Denjenigen, welcher in den das Güterbuch ergänzenden Urkunden als Berechtigter eingetragen iſt, in Beziehung auf Verpfändung nur dann die angeführte Rechtsvermuthung ſtreitet, wenn er ſein Recht von dem im Güterbuche Eingetragenen ableitet; oben S. 163.

sey, Einwendungen gegen den rechtlichen Bestand und die Gültigkeit des Unterpfandes erhoben werden: so ist der Cessionar gegen solche Einwendungen jedenfalls ganz in derselben Weise gedeckt, wie es der ursprüngliche Pfandgläubiger war (Pfandges. Art. 72 Abs. 1; vergl. auch oben S. 210 über den besonderen Fall der Bekanntschaft mit dem Rechte des Dritten).

Ebenso muß es bei Demjenigen seyn, welcher auf den Grund des Unterpfandsbuchs das verpfändete dingliche Recht selbst in Folge eines Kaufes vom Pfandgläubiger erwirbt. Ein Solcher muß gegen Rechte Dritter, welche der Verpfändung im Wege standen, dann vollkommen geschützt seyn, wenn es der Pfandgläubiger war, von dem er zunächst sein Recht ableitet. Dieß folgt schon aus den allgemeinen Grundsätzen [60]; zum Ueberflusse aber sagt es noch ausdrücklich der Art. 44 des Pfandentwicklungsgesetzes von 1828 (nur daß dieser die Sache nicht ganz richtig und sehr ungenau ausdrückt [61]) und der Art. 15 desselben Gesetzes (unt. §. 17).

Wird daher z. B. auf Anfordern des Pfandgläubigers das verpfändete Gut verkauft und dem Käufer übergeben, später aber von einem Dritten gegen den Käufer eine Eigenthumsklage er-

---

60) Vrgl. auch Bolley Bd. I S. 431 f. Nur hohlt Bolley bei der Begründung des Satzes zu weit her, indem er in der Sache mehr Schwierigkeiten findet, als in der That in ihr liegen, und veranlaßte daher den gleich anzuführenden Art. 44 des Pfandentwicklungsgesetzes. S. auch Note 62.

61) Der Art. 44 sagt nämlich: „Der Käufer eines verpfändeten Gutes tritt „unter den näheren Bestimmungen des Pfandgesetzes Art. 72 in die Rechte der „von dem Gutserlöse befriedigten Gläubiger auch gegen Dritte ein, deren Ei„genthums- oder andere auf das erkaufte Gut sich beziehenden Ansprüche zur „Zeit der Verpfändung in dem Unterpfandsbuche nicht eingetragen gewesen."

Gegen diese Fassung ist aber unter Anderem zu bemerken, daß es statt der Worte: „deren Eigenthumsansprüche — eingetragen gewesen" heißen sollte: welche Eigenthums- oder andere Ansprüche in Beziehung auf das erkaufte Gut machen. Denn namentlich ist es, von Anderem abgesehen, a. in Beziehung auf das Eintrittsrecht an sich gleichgültig, ob der Anspruch des Dritten eingetragen war oder nicht; der Käufer tritt jedenfalls in die Rechte des Gläubigers gegen Dritte ein, mag der Anspruch des Dritten vorgemerkt gewesen seyn oder nicht; nur unterliegt er in der Regel (aber keineswegs immer; denn eine Ausnahme tritt in dem S. 210 angef. Falle der Wissenschaft des Pfandgläubigers ein; vrgl. den angef. Art. 44 mit Pfandges. Art. 72) gegen den Dritten, soweit

haben, weil dem Verpfänder die Sache nicht gehört habe, sondern ihm, dem Vindicanten, die Sache gehöre: so kann der Käufer die Eigenthumsklage des Dritten von sich abwenden, wenn und soweit das Unterpfand im Gegensatze zu solchen Rechten gültig bestellt war, d. h. es können gegen den Käufer diejenigen Rechte nicht geltend gemacht werden, welche gegen den Pfandgläubiger nach Nr. 4 nicht hätten geltend gemacht werden können. War in diesem Falle z. B. das Pfandrecht von dem im Güterbuche als Eigenthümer Eingetragenen bestellt worden, ein Dritter machte aber an die Sache ebenfalls Eigenthumsansprüche und hatte diese nicht gehörig gewahrt: so kann Dieser, wenn er gleich nachweisen kann, daß der Eintrag im Güterbuche unrichtig und der Verpfänder nicht Eigenthümer war, daß vielmehr ihm das Eigenthum der Sache zustehe, doch Demjenigen, der auf den Grund des Unterpfandsbuchs die Sache gekauft hatte, sie nicht abfordern, weil in diesem Falle die Verpfändung vollkommen gültig und auch gegen den Dritten, den wahren Eigenthümer, wirksam war[62].

auch der Pfandgläubiger unterlegen wäre, also z. B. wenn der Dritte Eigenthümer der Sache war und sein Eigenthum schon zur Zeit der Verpfändung gehörig gewahrt hatte. Außerdem ist b. bei der Fassung des Gesetzes ganz unrichtig, daß blos von einem Eintrag im Unterpfandsbuche die Rede ist, statt daß im Allgemeinen von der Wahrung des Rechts überhaupt die Rede seyn sollte, wenn man je diesen Punkt besonders erwähnen wollte; denn das Recht des Dritten kann ja auch (wenn es ein dingliches ist) durch Vormerken im Güterbuche gewahrt werden, ja es gibt Fälle, in welchen es ohne allen Eintrag als gewahrt gilt (s. Art. 68, 69 des Pfandges. und oben S. 191 f.). Auch ist c. nicht beachtet, daß selbst nicht gewahrte Rechte Dritter dem Pfandgläubiger und somit auch dem Käufer des Pfandes nachtheilig seyn können (oben S. 177 f.)

62) S. 156 Lit. a, b. Es könnte hier die Frage entstehen, ob nicht das Recht des Käufers blos darin bestehe, vom Eigenthümer zu verlangen, daß er ihm den ausgelegten Kaufpreis ersetze, der Käufer also gegen ihn blos ein Retentionsrecht zum Zwecke dieses Ersatzes habe und der Eigenthümer ihm die Sache abfordern könne, wenn er diesen Ersatz leisten wolle. Dieser Ansicht scheint Bolley Bd. I S. 432 f. zu seyn. Allein sie würde sich bei den Prämissen, die nun einmal unser Pfandgesetz feststellt, gar nicht rechtfertigen lassen. In dem gesetzten Falle nämlich war die Verpfändung der Sache vollkommen gültig (oben S. 157) und der Eigenthümer, der sein Recht nicht gewahrt hatte, konnte sie in keiner Weise angreifen. Ist aber eine Verpfändung gültig: so muß auch der Verkauf der Sache, welcher zum Zwecke der Realisirung formgemäß geschah, vollkommen gültig seyn; denn die gültige Verpfändung befugte

Natürlich ist aber der Käufer nur dann gegen die Ansprüche Dritter gesichert, wenn es das Pfandrecht selbst gewesen war. Hatte daher im angegebenen Falle der Dritte schon zur Zeit

---

zu einem solchen Verkaufe, und es ist dann nicht einzusehen, wie der Eigenthümer ein Recht haben soll, den befugterweise vorgenommenen Verkauf seiner Sache irgend anzugreifen und wieder rückgängig zu machen. Wenn das Executionsgesetz Art. 74 von der Entwährung eines in gehöriger Form obrigkeitlich veräußerten Unterpfandes spricht (vrgl. Bolley Bd. I S. 432): so macht dieß keinen Anstand; denn es kann manche Fälle geben, in welchen ein solches Gut wirklich entwährt werden kann, z. B. wenn das Recht des Eigenthümers gewahrt war (Wahrungen, die ja zum Theile aus den öffentlichen Büchern gar nicht ersichtlich sind, §. 12) oder das Unterpfand nicht auf den Grund des Güterbuchs oder seiner Surrogate bestellt war (S. 171) oder Gläubiger und Käufer das Recht des Dritten gekannt hatten. — Ich bin weit entfernt, solche Consequenzen legislativ zu rechtfertigen. Allein sie folgen mit Nothwendigkeit aus den Prämissen, wie sie das Pfandgesetz in seiner auf das Güterbuch gegründeten Präsumtion gegen nicht gewahrte Rechte nun einmal festsetzt, und werden auch durch den Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes bestätigt, und es würde vollends zu gänzlicher Principlosigkeit führen, wenn man solche Prämissen nicht consequent zur Anwendung bringen wollte. Findet man solche Consequenzen fatal: so muß man nicht sie angreifen, sondern das Gesetz ändern, welches die Prämissen festsetzte. Nur in dem Falle scheint der wahre Eigenthümer, welcher seine Rechte zur Zeit der Verpfändung nicht gewahrt hatte, dem Käufer die Sache gegen Ersatz seiner Auslagen abfordern zu können, wenn dem Käufer die Rechte des Eigenthümers zur Zeit des Kaufes bekannt, dem Pfandgläubiger aber zur Zeit der Verpfändung unbekannt waren (Art. 15 vergl. mit Art. 44 des Pfandentwicklungsges. und Bolley Bd. III S. 1225). Allein schon dieß ist eine große Anomalie, bei welcher man gar nicht bedachte, daß ja in einem solchen Falle das Pfandrecht an sich ganz gültig bestellt war (der Gedanke an das frühere Recht, nach welchem in solchen Fällen das Pfandrecht ungültig ist, führte hier irre). Auch muß diese Anomalie dem Pfandgläubiger, der auf den Grund des Güterbuches im guten Glauben sein Pfandrecht erwarb, empfindlich schaden und zwar auf eine Weise, die sich juristisch schwerlich irgend rechtfertigen läßt. Das wohlerworbene Pfandrecht kann nämlich nun dadurch wesentlich beeinträchtigt werden, daß hinterher der wahre Berechtigte sein Recht wahrt; denn nun kann Dieser einem späteren Käufer das Pfand gegen Ersatz der Auslagen abfordern. Wer aber wird eine Sache kaufen wollen, wenn er weiß, daß sie ihm auf diese Weise wieder abgenommen werden kann? Durch diese Bestimmung werden die großen Einräumungen, die man der Sicherung des Pfandgläubigers durch ein verwickeltes Vormerkungs- und Eintragssystem machen wollte, wieder ganz wesentlich gemindert.

der Verpfändung seine Ansprüche, z. B. durch Vormerkung in den Gerichtsbüchern, gehörig gewahrt gehabt: so kann er dem Käufer des Pfandes die Sache mit der Eigenthumsklage ohne Ersatz abfordern, wenn sich ergibt, daß ihm wirklich das Eigenthum an der Sache zustand; denn hier war die ganze Verpfändung ungültig, weil das Recht des Dritten gehörig gewahrt war (oben S. 157 Lit. c). Das Gleiche ist der Fall, wenn das Pfandrecht nicht auf den Grund des Güterbuchs oder seiner Surrogate erworben war, mag in diesem Falle das Recht gewahrt gewesen seyn oder nicht (S. 177 f.). Auch findet die Wiedereinsetzung, welche der berechtigte Dritte gegen den Pfandgläubiger wegen dessen Bekanntschaft mit dem nicht gewahrten Rechte ansprechen kann, gegen den Käufer des Gutes dann statt, wenn auch er zur Zeit des Kaufes jene Rechte kannte, ist aber gegen den Käufer ausgeschlossen, wenn dieser das Gut im guten Glauben gekauft hatte, also zur Zeit des Kaufes von jenen Rechten nichts wußte [63].

6. Weiter aber, als unter Nr. 4 und 5 ausgeführt wurde, ging das Pfandgesetz von 1825 nicht. Namentlich gewährt es Denjenigen, welche von dem im Güterbuche Eingetragenen andere Rechte (außer Pfandrechten) ableiten, durchaus keinen besonderen Schutz, und dieß um so mehr mit Recht, als ein solcher Schutz nur auf Kosten des wahren Berechtigten sich gewähren läßt und wohlerworbene Rechte gar zu sehr vom Papiere abhängig macht, hierzu aber in der That dringende legislative Gründe gar nicht vorlagen. Wenn daher z. B. der im Güterbuche als Eigenthümer Eingetragene die ihm angeblich gehörige Sache veräußert und dem Erwerber übergibt, später aber gegen den Letzteren ein Prätendent auftritt und beweist, daß er der wahre Eigenthümer der Sache sey und die Sache dem Eingetragenen gar nicht gehört habe: so schützt nach dem Pfandgesetze von 1825 den Erwerber der Umstand nicht, daß er die Sache auf den Grund des Güterbuchs erworben hatte; er muß viel-

63) Dieß ergibt sich schon aus der im Art. 44 des Pfandentwicklungsges. enthaltenen Verweisung auf den Art. 72 des Pfandges.

Natürlich ist aber der Käufer nur dann gegen die Ansprüche Dritter gesichert, wenn es das Pfandrecht selbst gewesen war. Hatte daher im angegebenen Falle der Dritte schon zur Zeit

---

zu einem solchen Verkaufe, und es ist dann nicht einzusehen, wie der Eigenthümer ein Recht haben soll, den befugterweise vorgenommenen Verkauf seiner Sache irgend anzugreifen und wieder rückgängig zu machen. Wenn das Executionsgesetz Art. 74 von der Entwährung eines in gehöriger Form obrigkeitlich veräußerten Unterpfandes spricht (vrgl. Bolley Bd. I S. 432): so macht dieß keinen Anstand; denn es kann manche Fälle geben, in welchen ein solches Gut wirklich entwährt werden kann, z. B. wenn das Recht des Eigenthümers gewahrt war (Wahrungen, die ja zum Theile aus den öffentlichen Büchern gar nicht ersichtlich sind, §. 12) oder das Unterpfand nicht auf den Grund des Güterbuchs oder seiner Surrogate bestellt war (S. 171) oder Gläubiger und Käufer das Recht des Dritten gekannt hatten. — Ich bin weit entfernt, solche Consequenzen legislativ zu rechtfertigen. Allein sie folgen mit Nothwendigkeit aus den Prämissen, wie sie das Pfandgesetz in seiner auf das Güterbuch gegründeten Präsumtion gegen nicht gewahrte Rechte nun einmal festsetzt, und werden auch durch den Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes bestätigt, und es würde vollends zu gänzlicher Principlosigkeit führen, wenn man solche Prämissen nicht consequent zur Anwendung bringen wollte. Findet man solche Consequenzen fatal: so muß man nicht sie angreifen, sondern das Gesetz ändern, welches die Prämissen festsetzte. Nur in dem Falle scheint der wahre Eigenthümer, welcher seine Rechte zur Zeit der Verpfändung nicht gewahrt hatte, dem Käufer die Sache gegen Ersatz seiner Auslagen abfordern zu können, wenn dem Käufer die Rechte des Eigenthümers zur Zeit des Kaufes bekannt, dem Pfandgläubiger aber zur Zeit der Verpfändung unbekannt waren (Art. 15 vergl. mit Art. 44 des Pfandentwicklungsges. und Bolley Bd. III S. 1225). Allein schon dieß ist eine große Anomalie, bei welcher man gar nicht bedachte, daß ja in einem solchen Falle das Pfandrecht an sich ganz gültig bestellt war (der Gedanke an das frühere Recht, nach welchem in solchen Fällen das Pfandrecht ungültig ist, führte hier irre). Auch muß diese Anomalie dem Pfandgläubiger, der auf den Grund des Güterbuches im guten Glauben sein Pfandrecht erwarb, empfindlich schaden und zwar auf eine Weise, die sich juristisch schwerlich irgend rechtfertigen läßt. Das wohlerworbene Pfandrecht kann nämlich nun dadurch wesentlich beeinträchtigt werden, daß hinterher der wahre Berechtigte sein Recht wahrt; denn man kann Dieser einem späteren Käufer das Pfand gegen Ersatz der Auslagen abfordern. Wer aber wird eine Sache kaufen wollen, wenn er weiß, daß sie ihm auf diese Weise wieder abgenommen werden kann? Durch diese Bestimmung werden die großen Einräumungen, die man der Sicherung des Pfandgläubigers durch ein verwickeltes Vormerkungs- und Eintragssystem machen wollte, wieder ganz wesentlich gemindert.

der Verpfändung seine Ansprüche, z. B. durch Vormerkung in den Gerichtsbüchern, gehörig gewahrt gehabt: so kann er dem Käufer des Pfandes die Sache mit der Eigenthumsklage ohne Ersatz abfordern, wenn sich ergibt, daß ihm wirklich das Eigenthum an der Sache zustand; denn hier war die ganze Verpfändung ungültig, weil das Recht des Dritten gehörig gewahrt war (oben S. 157 Lit. c). Das Gleiche ist der Fall, wenn das Pfandrecht nicht auf den Grund des Güterbuchs oder seiner Surrogate erworben war, mag in diesem Falle das Recht gewahrt gewesen seyn oder nicht (S. 177 f.). Auch findet die Wiedereinsetzung, welche der berechtigte Dritte gegen den Pfandgläubiger wegen dessen Bekanntschaft mit dem nicht gewahrten Rechte ansprechen kann, gegen den Käufer des Gutes dann statt, wenn auch er zur Zeit des Kaufes jene Rechte kannte, ist aber gegen den Käufer ausgeschlossen, wenn dieser das Gut im guten Glauben gekauft hatte, also zur Zeit des Kaufes von jenen Rechten nichts wußte [63].

6. Weiter aber, als unter Nr. 4 und 5 ausgeführt wurde, ging das Pfandgesetz von 1825 nicht. Namentlich gewährt es Denjenigen, welche von dem im Güterbuche Eingetragenen andere Rechte (außer Pfandrechten) ableiten, durchaus keinen besonderen Schutz, und dieß um so mehr mit Recht, als ein solcher Schutz nur auf Kosten des wahren Berechtigten sich gewähren läßt und wohlerworbene Rechte gar zu sehr vom Papiere abhängig macht, hierzu aber in der That dringende legislative Gründe gar nicht vorlagen. Wenn daher z. B. der im Güterbuche als Eigenthümer Eingetragene die ihm angeblich gehörige Sache veräußert und dem Erwerber übergibt, später aber gegen den Letzteren ein Prätendent auftritt und beweist, daß er der wahre Eigenthümer der Sache sey und die Sache dem Eingetragenen gar nicht gehört habe: so schützt nach dem Pfandgesetze von 1825 den Erwerber der Umstand nicht, daß er die Sache auf den Grund des Güterbuchs erworben hatte; er muß viel-

63) Dieß ergibt sich schon aus der im Art. 44 des Pfandentwicklungsges. enthaltenen Verweisung auf den Art. 72 des Pfandges.

mehr dem wahren Eigenthümer weichen. Ebenso bei Wiederauflösung des Eigenthums; wenn Jemand z. B. das Eigenthum einer Sache unter einer auflösenden Bedingung erwarb und die Sache weiter veräußert und die Bedingung später eintritt: so kann nach dem Pfandgesetze von 1825 der Rückerwerber die Sache Demjenigen, an welchen sie veräußert wurde, mit der Eigenthumsklage abfordern, sollte auch der Veräußerer im Güterbuche als Eigenthümer eingetragen und das Rückerwerbungsrecht in demselben nicht vorgemerkt gewesen seyn. Ebenso ferner bei anderen dinglichen Rechten außer dem Pfandrechte; z. B. der als Eigenthümer im Güterbuche Eingetragene räumt Jemanden an der Sache eine Dienstbarkeit ein, später aber zeigt es sich, daß er aus Versehen eingetragen war und das Eigenthum einem Anderen zustehe: so ist nach dem Pfandgesetze die Einräumung der Dienstbarkeit ungültig, sollte auch der wahre Eigenthümer sein Eigenthumsrecht nicht gewahrt haben.

Hierin aber nun ging das Pfandentwicklungsgesetz von 1828 einen ganz anderen Weg, indem es leider die Grundsätze, welche das Pfandgesetz zu Bekräftigung des allgemeinen Kredits bei Unterpfandsbestellungen festsetzte, größentheils auch auf andere Einräumungen dinglicher Rechte zum Schutze des Rechtsnachfolgers ausdehnt.

§. 17. Der Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes bestimmt nämlich Folgendes:

„Wer auf den Grund des Güterbuchs und des Unterpfandsbuchs, oder der nach Art. 58, 59 des Pfandgesetzes in den dort bestimmten Fällen das Güterbuch vertretenden Urkunden, in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel, Eigenthum oder andere dingliche Rechte übertragende, durch die zuständige Stelle bestätigte Verträge abgeschlossen hat, ist nach Vollziehung der Letzteren gegen unbekannte Ansprüche Dritter auf gleiche Weise, wie der Hypothekargläubiger, gesichert."

„Die Rechtsnachfolger des Ersteren treten in eben dieselben Verhältnisse, wie die Rechtsnachfolger des Hypothargläubigers."

Auch dieser Artikel, wie so viele unsrer neuen Gesetzgebung, bietet in seiner Auslegung mehr Schwierigkeiten dar, als man

auf den ersten Anblick glauben möchte [64]. Im Folgenden will ich es versuchen, seinen Inhalt wenigstens in seinen wesentlichen Beziehungen und Folgen näher zu bestimmen und zu erläutern.

Der Artikel will in Beziehung auf dingliche Rechte Denjenigen, der auf den Grund des Güterbuchs oder des Unterpfandsbuchs oder der nach Artt. 58 und 59 des Pfandgesetzes in den dort bestimmten Fällen das Güterbuch vertretenden Urkunden Rechtsnachfolger eines Anderen wurde, unter gewissen Voraussetzungen gegen unbekannte, wenn auch begründete, Ansprüche Dritter ganz in der Weise schützen, wie nach der Pfandgesetzgebung der Pfandgläubiger gegen solche Ansprüche geschützt ist. Wenn daher, um nur in einer Beziehung das practische Moment des Artikels kurz anzudeuten, z. B. der A im Güterbuche als Eigenthümer einer Liegenschaft aus Verwechslung eingetragen ist, der B in gutem Glauben von ihm die Liegenschaft kauft und der Vertrag vollzogen wird, später aber es sich zeigt, daß das Eigenthum der Liegenschaft nicht dem A, sondern seinem Sohne zustand, Dieser jedoch sein Recht an der Sache nicht gewährt hatte (vrgl. Note 53a): so wird der B, obwohl er von einem Unberechtigten kaufte, gegen den wahren Eigenthümer, den Sohn des Verkäufers, geschützt und Dieser kann sein Eigenthumsrecht gegen den Käufer gar nicht geltend machen.

Bei der näheren Entwicklung und Auslegung des Inhalts des Art. 15 fragt es sich zunächst I. welches sind die Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen ein Rechtsnachfolger geschützt seyn soll? sodann II. worin besteht der Schutz des Rechtsnachfolgers, namentlich gegen welche Rechte Dritter wird

64) Bis jetzt ist von unsren Schriftstellern noch wenig geschehen, dieselben zu heben. Denn Bolley sagt in seinem Commentar (Bd. III S. 1158—1160) nur Weniges über diesen Artikel, und was er sagt, betrifft größtentheils die legislative Motivirung desselben und nur zum geringen Theile die Erläuterung seines Inhalts, und in Dem, was er zu dieser Erläuterung sagt, wird ihm nicht durchaus beizustimmen seyn (vrgl. unten Nr. 3). Nur ganz im Allgemeinen und ungenau berührt den Artikel Reyscher W. Privatr. §. 242 bei Note 6. Etwas ausführlicher ist Weishaar Handb. II §. 482; allein Das, was er sagt, ist weit nicht genügend und zum Theile unrichtig; vrgl. Note 65, 67.

er unter den anzugebenden Voraussetzungen geschützt? und endlich III. wie wirkt die ganze Bestimmung auf das bis dahin bestandene Recht ein?

I. Welches sind die Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen ein Rechtsnachfolger nach dem angeführten Art. 15 geschützt seyn soll?

Es sind vier Bedingungen, welche vereint vorhanden seyn müssen, wenn der betreffende Schutz eintreten soll.

1. Der Rechtsnachfolger muß die Erwerbung seines Rechts stützen — wie das Gesetz sagt — „auf den Grund des Güter„buchs und (oder) des Unterpfandsbuchs oder der nach Art. 58, „59 des Pfandgesetzes in den dort bestimmten Fällen das Güter„buch vertretenden Urkunden" [65].

Dieß kann natürlich nur so viel heißen: er muß sein Recht erworben haben von einem in diesen Urkunden als berechtigt (wenn auch mit Unrecht) Eingetragenen, von einem Solchen, den diese Urkunden als Berechtigten ausgeben und anerkennen. Es tritt also

a. der betreffende Schutz nicht ein, wenn Jemand in den Gerichtsbüchern seine Rechtsansprüche durch eine bloße Vormerkung oder Wahrung gesichert hatte (§. 12, 13) und man mit Diesem den Erwerbungsvertrag schloß [66]. Denn die bloße Vormerkung, welche ja schon auf eine bloße Bescheinigung des Anspruchs

---

65) Diese Hauptbedingung, die Grundlage des ganzen betreffenden Schutzes, wird von Weishaar a. a. O. S. 12 gar nicht gehörig herausgehoben. Auch Das, was Reyscher a. a. O. darüber sagt, ist, wie aus dem unten Auszuführenden sich ergibt, sehr ungenau; vrgl. namentlich unten Lit. cc und dd.

66) Schon aus diesem Grunde (vrgl. auch S. 174, 177 f.) sollte man vorsichtiger und genauer, als es von unsren Schriftstellern geschieht, unterscheiden zwischen bloßer Wahrung oder Vormerkung eines Rechts (die Fälle der §§. 12, 13, 15) und zwischen dem Eintrag eines Rechts in die Gerichtsbücher und den sie vertretenden und ergänzenden Urkunden. Ein Eingetragener ist blos Derjenige, welcher in den betreffenden Urkunden als der Berechtigte anerkannt und behandelt ist, auf dessen Namen das Recht in den betreffenden Urkunden lauft. Derjenige, welcher sein Recht blos gewahrt oder vorgemerkt hat, wird ja gerade von den Gerichtsbüchern ꝛc. nicht als der Berechtigte anerkannt und behandelt, und deßhalb ist eine Wahrung seines Rechts nöthig.

hin vorgenommen werden kann (S. 197), ist im Grunde nichts Anderes, als die einseitige Behauptung des Vormerkenden, daß er ein Recht in Anspruch nehme, keineswegs aber eine durch die öffentlichen Bücher bekräftigte Anerkennung seines Rechts. Das Gesetz will aber natürlich nur Denjenigen schützen, der im Vertrauen auf die öffentlichen Bücher, also im Vertrauen auf die durch dieselben ausgesprochene Anerkennung oder Erklärung des Rechts, Verträge mit dem Eingetragenen schloß, nicht Denjenigen, welcher der in einer bloßen Vormerkung liegenden einseitigen Behauptung eines Prätendenten traute. Dieß beweist sich auch noch dadurch, daß ja auch ein Unterpfandsgläubiger, wenn er sein Pfandrecht von einem Solchen herleitet, welcher sein Recht blos vorgemerkt hatte, gegen unbekannte dingliche Rechte Dritter nicht geschützt ist (S. 174, 177 f.); unser Gesetz aber will Denjenigen, der auf den Grund der Gerichtsbücher Rechte erwarb, nur in den Fällen schützen, in welchen ein Unterpfandsgläubiger geschützt ist (der angef. Art. 15 Abs. 1 a. E.).

b. Es genügt ferner nicht einmal, daß man von einem überhaupt in öffentlichen, beim Gerichte befindlichen, Urkunden als berechtigt Eingetragenen erwarb. Vielmehr sind es blos gewisse öffentliche Urkunden, welche, wenn man von einem in denselben Eingetragenen erwarb, den betreffenden Schutz gewähren, nämlich:

aa. das Unterpfandsbuch. Der hierher gehörige Fall, wenn man ein Unterpfand bei der ordnungsmäßig im Namen des Pfandgläubigers vorgenommenen Veräußerung kauft, wurde schon oben S. 222 näher erörtert und es soll deßhalb im Folgenden von demselben nicht weiter die Rede seyn.

bb. Das Güterbuch. Wer z. B. von dem im Güterbuche als Eigenthümer einer Liegenschaft Eingetragenen diese Liegenschaft kauft, ist, wenn die übrigen unten anzuführenden Voraussetzungen vorhanden sind, gegen unbekannte nicht gewahrte dingliche Rechte Dritter an der Liegenschaft so gesichert, daß dieselben gegen ihn nicht geltend gemacht werden können.

cc. Das Vertragsbuch und die Inventur- und Theilungsacten; aber diese nicht unbedingt, sondern nur die aus dem neuesten Zeitraume in dem S. 166 Nr. 7 entwickelten

Sinne und auch diese nur dann, wenn die S. 163 Nr. 3 u. S. 165 Nr. 5 entwickelten Voraussetzungen vorhanden sind (namentlich also nur, wenn der aus denselben als Berechtigter Erscheinende sein Recht von dem im Güterbuche Eingetragenen ableitet). Denn der Art. 15 bindet hier streng an die Bestimmungen des Art. 59 des Pfandgesetzes. Wenn daher im Jahre 1843 der A von dem im Güterbuche als Eigenthümer eingetragenen B eine Liegenschaft erkaufte und der Vertrag zur Insinuation gebracht und in das Vertragsbuch eingetragen wurde, oder wenn er die Liegenschaft vom B als Heirathsgut bekam und das Inventar der Behörde übergeben wurde, bei der späteren allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs aber wurde diese Eigenthumsänderung übersehen, der A im Güterbuche nicht als Eigenthümer eingetragen, sondern der Eintrag des B unverändert belassen, und im Jahre 1845 veräußert nun A die Liegenschaft an den C: so ist der C gegen unbekannte und nicht gewahrte dingliche Rechte Dritter an der Liegenschaft nicht geschützt; denn er hatte seine Erwerbung weder auf den Grund des Güterbuchs gemacht, noch auf den Grund des Vertragsbuchs oder der Inventuracten von dem neuesten Zeitraume.

dd. Da, wo zur Zeit noch gar keine Güterbücher bestehen, genügt es, wenn die Erwerbung auf den Grund der im Art. 58 des Pfandgesetzes bezeichneten Urkunden geschah (s. den angef. Art. 15). Welche Urkunden hierher gehören, wurde oben S. 182ff. ausgeführt, und es gilt hier ganz das dort näher Entwickelte.

Eine Erwerbung auf den Grund anderer, als der unter aa—dd bezeichneten Urkunden, gewährt den betreffenden Schutz nicht. Namentlich tritt daher der Schutz nicht ein bei einer auf den Grund des Vertragsbuchs gemachten Erwerbung, außer in dem beschränkten unter cc angeführten Falle und da wo gar keine Güterbücher bestehen (Lit. dd und oben S. 185). Ebenso genügt es nicht, wenn man sein Recht von Demjenigen ableitet, der die Urkunde seiner Erwerbung blos der Behörde übergeben hatte, aber nicht in Folge dieser Uebergabe die Erwerbung in das Güter- oder in das Vertragsbuch eingetragen wurde oder die Erwerbungsurkunden nicht in Inventur- und Theilungsacten bestanden. War er aber selbst in das Vertragbuch einge-

tragen oder bestanden diese Erwerbungsurkunden in Inventur- und Theilungsacten: so genügt die Uebergabe der Letzteren und der Eintrag in das Vertragsbuch dann nicht, wenn der Vertrag mit ihm geschlossen wurde, nachdem ohne gehörige Berücksichtigung dieses Eintrags in das Vertragsbuch oder dieser Uebergabe der Inventur- und Theilungsacten die allgemeine Richtigstellung des Güterbuchs erfolgt war. Denn der Art. 15 läßt da, wo Güterbücher schon bestehen, den betreffenden Schutz blos eintreten, wenn man auf den Grund des Güterbuchs oder der im Art. 59 des Pfandgesetzes bezeichneten Urkunden erwarb, nicht auch dann, wenn die Erwerbung auf den Grund der im Art. 60 des Pfandgesetzes bezeichneten Urkunden geschah.

2. Der Schutz, den der Art. 15 dem Rechtsnachfolger gewährt, tritt blos ein, wenn der Grund der Erwerbung ein Vertrag und zwar ein lästiger Vertrag, ein Vertrag mit Gegenleistung ist (s. die Worte des Art. 15: „unter beschwerendem „Titel") und es sich von der Uebertragung dinglicher Rechte handelt (des Eigenthums oder anderer dinglichen Rechte; über persönliche Rechte vergl. §. 18). Wenn daher Jemand eine Sache als Vermächtniß oder im Erbgange (vrgl. aber unten Note 72) oder durch eine Schenkung unter Lebenden oder als Heirathsgut erhielt: so ist er keineswegs gegen unbekannte dingliche Rechte, welche Dritten an der Sache zustehen, geschützt, sollte auch der Erblasser oder Schenker im Güterbuche als Eigenthümer der Sache eingetragen gewesen seyn.

3. Außerdem muß, wenn der betreffende Schutz für den Rechtsnachfolger eintreten soll, über den Vertrag, von dem er sein Recht herleitet, gerichtlich erkannt und derselbe vollzogen seyn. So lange deßhalb über den Vertrag noch nicht gerichtlich erkannt ist (sollte er auch vollständig vollzogen worden seyn), oder so lange der Vertrag noch nicht vollständig vollzogen ist (sollte auch über denselben gerichtlich erkannt seyn), können Dritte ihre dinglichen Rechte, wenn sie auch nicht gewahrt sind, durchaus geltend machen.

Was die Vollziehung des Vertrags betrifft: so genügt die Vollziehung des Vertrags von blos einer Parthie nicht. Zwar sagt Bolley Bd. III S. 1159: „Ist das Geschäft auch nur

„von einer Seite vollzogen, so muß dem Erwerber die Be„stimmung unseres Gesetzes zu Statten kommen“ [67]. Allein diese Behauptung, für welche Bolley übrigens keine Gründe anführt, ist gegen den allgemeinen Ausdruck des Gesetzes und würde eine Ausdehnung der Bestimmungen des Gesetzes seyn, eine Vervielfältigung der Fälle des betreffenden Schutzes, die vollends bei der Singularität der ganzen Bestimmung des Art. 15 unzulässig ist. Auch könnte Bolley's Behauptung zu eigenen Consequenzen führen, z. B. darauf, daß Derjenige, welcher die Sache von dem Veräußerer noch gar nicht erworben hat, sondern erst erwerben soll, stärker wäre, als der wahre Eigenthümer der Sache; denn nach jener Ansicht würde Derjenige, welcher den Erwerbungsvertrag schloß, schon dann, wenn er seine Gegenleistung bezahlt aber die Sache noch nicht übergeben erhalten hat (somit das Eigenthum der Sache noch gar nicht auf ihn übergegangen seyn könnte; selbst wenn der Veräußerer Eigenthümer gewesen wäre), gegen jedes unbekannte dingliche Recht Dritter an der Sache geschützt seyn, also auch, wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war, gegen den wahren Eigenthümer der Sache, falls dieser sein Recht nicht gewahrt hatte. Es ist vielmehr vollständige Vollziehung des Vertrages von beiden Seiten erforderlich, da das Gesetz überhaupt „Vollziehung des Vertrags“ verlangt und hierbei nicht unterscheidet oder etwas daran nachläßt, und theilweise Vollziehung ein bloßer Anfang der Vollziehung des Vertrags ist, das Gesetz aber erst nach Vollziehung des Vertrages seine Wirkungen eintreten lassen will und man überhaupt bei solchen singulären Gesetzen sich streng an die Worte des Gesetzes halten muß. Die Bestimmung des Art. 15 tritt also nicht ein bei bedingten Verträgen, so lange die Bedin-

---

67) Das Gleiche sagt Weishaar §. 482 a. E., aber im Widerspruche mit Dem, was er kaum vorher sagte. Denn in der Mitte des Paragraphen bemerkt er, daß durch den Art. 15 nur Erwerbungen mittelst oneroser Verträge und zwar nur dann beachtet werden, „wenn sie vollzogen sind, also im Falle der Zahlung der Erwerber durch Entwährung in Schaden versetzt werden kann.“ Denn hier setzt er doch wohl voraus, daß wenigstens der Erwerber den Vertrag erfüllt haben müsse, somit die Vollziehung des Vertrags blos von Seiten des Veräußerers nicht hinreiche.

gung noch schwebt, und auch nach Erfüllung der Bedingung oder bei betagten Verträgen nach Eintritt des Termins erst dann, wenn der Vertrag von beiden Seiten vollzogen ist; sie tritt ferner nicht ein, wenn der Vertrag zwar von der einen Parthie ganz, von der anderen Parthie aber nur zum Theile, sey es auch zum größten Theile, vollzogen ist; denn eine bloße theilweise Vollziehung steht rechtlich der Nichtvollziehung gleich. So lange also dieses Erforderniß der vollständigen Vollziehung des Vertrags nicht von beiden Seiten erfüllt ist, kann der berechtigte Dritte sein, wenn gleich nicht gewahrtes, Recht gegen den Rechtsnachfolger des Veräußerers geltend machen. Man nehme z. B. den Fall: A ist im Güterbuche als Eigenthümer eines Gutes eingetragen, das Gut aber gehört seinem Sohne B, der sein Recht nicht gewahrt hat; A verkauft das Gut an C auf Ziele, übergibt sofort das Gut dem C (so daß nun C Eigenthümer des Gutes geworden seyn würde, wenn A Eigenthümer gewesen wäre), der Vertrag wird bei Gericht insinuirt und C in Güterbuche als Eigenthümer eingetragen; auch bezahlt C im Laufe einiger Jahre alle Ziele mit Ausnahme des letzten. Hier kann der B doch noch, ehe das letzte Ziel bezahlt ist, sein nicht gewahrtes Eigenthumsrecht an das Gut gegen den C geltend machen und ihm das Gut mit der Eigenthumsklage abfordern. Denn so lange das letzte Ziel noch nicht bezahlt ist, sind die Bedingungen und Voraussetzungen des Art. 15 noch nicht vollständig erfüllt, weil der Vertrag noch nicht von beiden Seiten vollständig vollzogen war.

4. Das letzte Erforderniß, von welchem der Art. 15 den Schutz, den er dem Rechtsnachfolger gewähren will, abhängig macht, ist guter Glaube des Erwerbers. Der Rechtsnachfolger des Veräußerers wird daher gegen solche dingliche Rechte Dritter, welche ihm bekannt waren, nicht geschützt. Nur entsteht hierbei die Frage: in welchem Zeitpunkte muß dem Erwerber das Recht des Dritten bekannt gewesen seyn, wenn ihm diese Bekanntschaft schaden soll? Natürlich kann ihm die Bekanntschaft mit dem Rechte des Dritten, oder wenn man so will der böse Glaube, nicht schaden, wenn er erst nach Vollziehung des insinuirten Vertrags von dem Rechte des Dritten er-

fährt; denn er soll ja gegen Rechte Dritter gerade in diesem Falle geschützt werden, d. h. in dem Falle, wenn nach Vollziehung des insinuirten Vertrags solche Rechte an den Tag kommen [68]. Auf den ersten Anblick scheint es aber, als ob ihm die Bekanntschaft mit dem Rechte des Dritten selbst dann nicht schade, wenn sie noch vor Vollziehung des Vertrags und der gerichtlichen Insinuation desselben eintrat, falls er nur zur Zeit des Abschlusses des Vertrags von jenen Ansprüchen nichts wußte, daß also die Bekanntschaft mit dem fremden Rechte nur dann schade, wenn sie schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrags vorhanden war. Denn der Artikel räumt den betreffenden Schutz Demjenigen ein, welcher „in gutem Glauben ... Verträge abgeschlossen hat." Allein dieß ist doch wohl nicht der Sinn des Artikels; vielmehr dürfte sich aus dem Schlusse desselben ergeben, daß der Erwerber nach Vollziehung des gerichtlich insinuirten Vertrags nur gegen solche Ansprüche Dritter geschützt werden soll, welche ihm bis dahin unbekannt waren (vrgl. Note 68); so daß also der Schutz nicht eintritt, wenn er vor der vollständigen Erfüllung der übrigen Requisite des Artikels Kenntniß von den Ansprüchen Dritter bekam.

Ob übrigens sein Vorgänger, der Veräußerer, mit den fremden Ansprüchen bekannt war oder nicht, darauf kommt es nicht an. War Dieser mit den Ansprüchen bekannt: so schadet dieß seinem Singularnachfolger nichts; denn das Gesetz verlangt blos von dem Rechtsnachfolger guten Glauben.

II. Worin besteht der Schutz des Rechtsnachfolgers, wenn die angeführten Voraussetzungen und Bedingungen des Art. 15 vorhanden sind?

Hat Jemand einen lästigen Vertrag zum Zwecke der Erwerbung des Eigenthums oder eines anderen dinglichen Rechts

---

68) Freilich drückt sich der Artikel nicht ganz gut aus, wenn er sagt, der Rechtsnachfolger sey „nach Vollziehung der Verträge gegen unbekannte „Ansprüche Dritter auf gleiche Weise, wie der Hypothekargläubiger, gesichert;" denn er ist und muß ja auch gegen bekannte Ansprüche gesichert seyn, wenn sie erst später bekannt wurden. Wäre dieß nicht: so würde er ja gar nicht geschützt seyn, weil ihm ja später diese Ansprüche jedenfalls bei dem Versuche ihrer Geltendmachung bekannt werden müssen.

an einer Liegenschaft geschlossen und sind dabei sämmtliche vorhin unter 1—4 ausgeführte Erfordernisse vorhanden, d. h. hat er den Vertrag mit Demjenigen geschlossen, welcher in dem Güterbuche oder den das Güterbuch nach Artt. 58 und 59 des Pfandgesetzes ergänzenden und vertretenden Urkunden als Inhaber des veräußerten Rechts in der oben bemerkten Weise eingetragen ist, und ist von der zuständigen gerichtlichen Behörde über den Vertrag erkannt und der Vertrag von beiden Seiten vollständig vollzogen worden: so wird er gegen Ansprüche, welche Dritte an den Gegenstand des Vertrags zu machen haben, falls sie ihm nicht vor Vollziehung des gerichtlich insinuirten Vertrags bekannt waren, in den Fällen geschützt, in welchen ein Unterpfandsgläubiger, welcher auf den Grund des Güterbuchs oder der dasselbe ergänzenden und vertretenden Urkunden sein Unterpfandsrecht erwarb, gegen Ansprüche Dritter in Beziehung auf das verpfändete Recht geschützt wird.

Der Rechtsnachfolger wird somit, wenn er sein Recht von einem Unberechtigten ableitet, nur gegen solche Berechtigte geschützt, gegen welche auch ein Unterpfandsgläubiger im angeführten Falle geschützt wird. Er wird also namentlich nicht geschützt und der Art. 15 tritt nicht ein, wenn noch vor der gerichtlichen Insinuation oder noch vor der vollständigen beiderseitigen Vollziehung des Vertrags das entgegenstehende Recht des Dritten auf eine der S. 191 bis S. 203 ausgeführten Weisen gehörig gewahrt war, also entweder durch eine ausdrückliche Vormerkung im Unterpfands- oder Güterbuche[69] oder auf die im §. 12 S. 191 f. angeführten aus den öffentlichen Büchern nicht durchaus ersichtlichen Weisen.

Die Sicherheit des Rechtsnachfolgers ist daher in solchen Fällen gerade wie die des Unterpfandsgläubigers keine durchaus vollständige; denn sie kann gefährdet werden durch Rechte Dritter, die aus den öffentlichen Büchern gar nicht ersichtlich sind.

---

69) Wenn das Recht des Dritten ein dingliches ist. Bloße persönliche Rechte Dritter können dem Rechtsnachfolger ohnehin nicht nachtheilig seyn, mögen sie gewahrt seyn oder nicht (S. 212), außer im Falle des §. 18, aber hier nur dann, wenn sie durch förmlichen Eintrag in das Unterpfandsbuch gewahrt sind.

Wenn z. B. die A das Grundstück, das sie im Eigenthum hat, auf ihre Tochter B vererbt und die Theilungsacten der Behörde übergeben wurden, im Güterbuche aber nicht die B, sondern ihr Vater, der das Gut in Nutznießung bekommt, als Eigenthümer eingetragen wird (vrgl. Note 53a) und Dieser es nach einigen Jahren an den D, der mit den Rechten der Tochter nicht bekannt ist, verkauft und der Vertrag vollständig vollzogen wird: so kann die B doch gegen den D mit einer Eigenthumsklage auftreten und ihm das Gut ohne alle Entschädigung abfordern, weil ihr Recht gehörig gewahrt war (s. oben S. 194), obwohl der D aus den Gerichtsbüchern dieß gar nicht ersehen konnte.

Bei den Rechtsnachfolgern Dessen, der auf die unter I bezeichnete Weise eine Erwerbung machte, treten die S. 210 f. 221 ausgeführten Grundsätze ein; denn nach dem zweiten Absatze des Art. 15 sollen sie „in eben dieselben Verhältnisse treten, wie die „Rechtsnachfolger des Hypothekargläubigers" (vrgl. Art. 72 des Pfandgef.).

III. Durch die in dem Bisherigen näher entwickelten Bestimmungen des Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes wurde das Recht, welches bei uns bis zum Jahre 1828 bestand, in einer sehr weit greifenden Weise geändert und zwar, wie ich überzeugt bin, ohne hinreichende legislative Gründe zu einer solchen mißlichen Aenderung.

Nur darf man die Aenderung nicht noch weiter nehmen, als sie wirklich geht.

Es sind nämlich die S. 210 unter Nr. 1—3 ausgeführten Grundsätze *nicht* geändert, *außer in Beziehung auf Rechtsnachfolger* und zwar *nur auf gewisse Rechtsnachfolger*. Der im Güterbuche Eingetragene wird an sich durch den Art. 15 nicht mehr geschützt als früher; es streitet für den Eintrag in dem Güterbuche auch nach dem Art. 15 *nicht im Allgemeinen* die Vermuthung des Rechts u. s. w. Tritt daher ein im Güterbuche Eingetragener gegen den Besitzer einer Liegenschaft mit der Eigenthumsklage auf: so enthebt ihn der Eintrag im Güterbuche keineswegs der Beweislast des Eigenthums, außer er wäre *in Folge eines lästigen Vertrags* unter den oben Nr. I näher gegebenen Bestimmungen Rechts-

nachfolger eines im Güterbuche Eingetragenen oder leitete von einem solchen Rechtsnachfolger sein Recht her. Ebenso entscheidet auch bei der Collision Mehrerer, welche im Gante an derselben Sache Absonderungsrechte in Anspruch nehmen, noch nicht für sich allein der Eintrag in das Güterbuch, sondern Derjenige siegt, welcher wirklich sein dingliches Recht an der Sache nachweisen kann, außer es könnte Einer von ihnen sein Recht von einem im Güterbuche Eingetragenen auf die eben angegebene Weise unmittelbar oder mittelbar ableiten. Es greift also hier der Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes allerdings ein (vrgl. auch Art. 53 Abs. 1 Art. 69 desselben Gesetzes); aber natürlich nur, wenn der Fall der Art ist, daß in ihm alle Voraussetzungen des genannten Artikels zusammentreffen. Zu allgemein ist daher, was Bolley III. S. 1284 sagt (vergl. auch oben Note 59).

In Beziehung auf gewisse Rechtsnachfolger aber trifft allerdings der Art. 15, wie gesagt, eine sehr weit gehende Aenderung am bestehenden Rechte, indem der im Güterbuche Eingetragene, wenn er auch der wahre Berechtigte seyn sollte, nicht nur in Beziehung auf Verpfändungen als Eigenthümer der Sache gegenüber von nicht gewahrten Rechten ganz so gilt, wie er eingetragen ist, sondern nun nach dem Art. 15 auch bei anderen Veräußerungen, die er vornimmt, gewisse seiner Rechtsnachfolger in vielen Fällen [70] so geschützt werden, als ob sie vom wahren Eigenthümer erworben hätten. Es ist daher, um nur einige Consequenzen anzuführen,

a. Derjenige, welcher von einem Nichteigenthümer das Eigenthum einer Liegenschaft herleitet, also das Eigenthum gar nicht erworben haben konnte, demnoch unter den unter Nr. I angegebenen Voraussetzungen stärker, als der Eigenthümer der Sache selbst, wenn Dieser sein Recht nicht gewahrt hatte. Will daher der wahre Eigenthümer seine Sache von einem solchen Rechtsnachfolger des Nichteigenthümers vindiciren: so ist er, wenn

---

70) D. h. in den Fällen, in welchen ein vom Eingetragenen bestelltes Pfandrecht gegen Ansprüche Dritter geschützt ist.

er gleich sein Eigenthum an der Sache nachweisen kann, in einem solchen Falle doch abzuweisen. Der Art. 15 enthält somit eine bedeutende Einwirkung auf die Lehre vom Eigenthum, indem er die Eigenthumsklage, die Geltendmachung und Verfolgbarkeit des Eigenthums sehr beschränkt [71].

b. Noch mehr! Jener Rechtsnachfolger muß sogar eine dingliche Klage gegen den wahren Eigenthümer haben, wenn etwa später zufällig die Sache in den Besitz des Letzteren kommen würde. Zwar möchte man zunächst an ein bloßes Schutzmittel, an eine Einrede denken, die durch den Art. 15 dem Rechtsnachfolger gegen unbekannte Ansprüche Dritter gegeben seyn soll. Allein offenbar geht das Gesetz weiter. Denn nach demselben soll, von Anderem abgesehen, der Rechtsnachfolger geschützt werden wie ein Hypothekargläubiger, Dieser aber, wenn er auf den Grund des Güterbuchs sein Recht erworben hat, kann dem wahren Eigenthümer, der sein Recht nicht gewahrt hatte, mit einer dinglichen Klage die Sache abfordern. Auch würde ja der gewährte Schutz illusorisch, wenn nicht damit für den Fall, daß das Gut in dritte Hände kommt, eine dingliche Klage verbunden wäre. Wir erhalten also dadurch die Anomalie, daß Derjenige, welcher nicht Eigenthümer ist, in manchen Fällen eine dingliche Klage, eine Art von rei vindicatio utilis, selbst gegen den wahren Eigenthümer hat.

c. Der Rechtsnachfolger, welcher unter den Voraussetzungen von Nr. 1 erwarb, ist gegen alle etwa bestehende aber nicht gewahrte dingliche Rechte Dritter, durch welche seine Erwerbung beschränkt würde, geschützt, wenn ihm jene Rechte bis zu dem S. 234 angegebenen Zeitpunkte unbekannt waren; sie können gegen ihn gar nicht geltend gemacht werden. Dieß ist nicht blos wichtig; wenn man von einem überhaupt Unberechtigten erwarb, sondern auch dann und gerade dann besonders, wenn man von dem wahren Berechtigten erwarb, falls das Recht

---

71) Das, was Mayer Bd. I S. 336 Note * sagt, war nach dem Rechte der Zeit, in welcher Mayer schrieb (vor 1828) ganz richtig; jetzt aber gilt in Folge des Art. 15 das Gegentheil.

desselben durch dingliche Rechte Dritter beschränkt war. Namentlich sind die S. 225, 226 angeführten Grundsätze, welche nach dem früheren Rechte und noch nach dem Pfandgesetze von 1825 galten, jetzt für den Fall aufgehoben, wenn die unter Nr. I angegebenen Voraussetzungen vorhanden sind. Wenn daher z. B. der wahre Eigenthümer einer Liegenschaft, welcher im Güterbuche ohne nähere Beschränkung als Eigenthümer eingetragen ist, die Liegenschaft durch einen gerichtlich bestätigten und beiderseits vollzogenen lästigen Vertrag an einen Anderen veräußert hat, ihm aber blos ein widerrufliches Eigenthum zustand (z. B. die Liegenschaft ihm blos unter einer Resolutivbedingung gehörte oder er sie durch Erbschaft erworben hatte, sie aber vom Erblasser unter einer Bedingung, die noch nicht eingetreten ist, einem Dritten vermacht ist, oder er sie unter der Bestimmung geschenkt erhalten hatte, daß er den Schenker alimentiren solle, in welchem Falle ja, wenn er diese Bestimmung nicht erfüllt, das Eigenthum von selbst an den Schenker zurückfallen würde), das Recht Dessen jedoch, an welchen das Eigenthum nach Umständen fallen kann, nicht gewahrt ist: so kann Dieser, wenn der Widerrufsgrund wirklich später eintritt, gegen den Erwerber der Sache von seinem Rechte keinen Gebrauch machen; er kann die Eigenthumsklage auf Herausgabe der Sache, welche ihm an sich zusteht und auch nach dem bisherigen Rechte durchaus zustand, gegen jenen Erwerber und dessen Rechtsnachfolger nicht anstellen; er kann sie selbst dann nicht anstellen, wenn der Veräußerer in bösem Glauben war. Auch hier ist wieder das Recht zur Eigenthumsklage bedeutend beschränkt, und der rückwärts eintretenden Wiederauflösung des Eigenthums (resolutio dominii ex tunc) ihre Wirkung gerade in den wichtigsten Beziehungen genommen.

In gleich gefährlicher Weise wirkt der Art. 15 auch auf die Wirksamkeit anderer wohlerworbener dinglicher Rechte ein, durch welche das Eigenthum beschränkt wird. Steht mir z. B. eine Dienstbarkeit an einer Liegenschaft zu: so kann ich dieselbe, wenn ich sie nicht gewahrt habe, gegen Denjenigen nicht geltend machen, welcher die Liegenschaft von dem im Güterbuche eingetragenen Eigenthümer durch einen gerichtlich insinuirten und von

beiden Seiten vollzogenen lästigen Vertrag erworben hatte und von der Existenz der Dienstbarkeit nichts wußte. Hat ferner Jemand ein rückwärts widerrufliches Eigenthum an einer Liegenschaft und er bestellt einem Dritten, der von dieser Widerruflichkeit nichts weiß, eine Dienstbarkeit an der Sache für eine Gegenleistung: so bleibt, wenn später sein Eigenthum rückwärts wieder aufgelöst wird, die Dienstbarkeit doch gültig und gegen den Rückerwerber und jeden späteren Erwerber der Sache verfolgbar, wenn das Recht auf den Rückerwerb der Sache nicht in den Gerichtsbüchern gewahrt war. Auch in dieser Beziehung hat die resolutio dominii ex tunc nicht mehr die Wirkung, die sie dem Prinzip nach haben sollte und nach dem bisherigen Rechte hatte d. h. sie macht die dinglichen Lasten, die der widerrufliche Eigenthümer in der Zwischenzeit, wenn auch im Bewußtseyn der Widerruflichkeit seines Rechts, auf die Sache legte, nicht mehr ungültig. ....

d. Eben so kann es durch den Grundsatz des Art. 15 vorkommen, daß ein *später* erworbenes dingliches Recht einem *früher* erworbenen *vorgeht*. Wenn z. B. der im Güterbuche eingetragene Eigenthümer einer Liegenschaft mir in Folge eines gerichtlich insinuirten und beiderseits vollzogenen lästigen Vertrags eine Dienstbarkeit an seinem Gute bestellte und es ergibt sich, daß schon früher an dem Gute ein Dritter eine Dienstbarkeit erworben hatte, durch deren Ausübung die meinige beschränkt oder unmöglich gemacht würde: so muß *gegen* die gerechten Grundsätze unsres bisherigen Rechts der jüngeren mir eingeräumten Dienstbarkeit die ältere Dienstbarkeit des Dritten nachstehen, wenn die Letztere nicht gehörig gewahrt war und ich von derselben vor Vollziehung des Vertrags keine Kenntniß hatte, sollte auch der Verleiher der Dienstbarkeit das Recht des Dritten gekannt haben.

Und bei diesen die Sicherheit bestehender Rechte sehr gefährdenden Grundsätzen ist noch wohl zu beachten, daß wenn die Wahrung des Rechts *aus noch so entschuldbaren Gründen* unterlassen wurde, wenn selbst ein Minderjähriger oder Unmündiger der Inhaber des gefährdeten Rechts ist und seine insolventen Vertreter die Wahrung versäumten, *dem wahren Berechtigten durch keine Wiedereinsetzung in den*

vorigen Stand geholfen wird! Denn der Art. 89 des Pfandgesetzes greift auch hier durchaus Platz, weil in den genannten Fällen der Rechtsnachfolger gegen nicht gewahrte Rechte Dritter auf gleiche Weise gesichert seyn soll, wie ein Pfandgläubiger.

Noch entsteht die Frage, unter welche juristische Form man überhaupt die neuen vom Art. 15 des Pfandentwicklungsgesetzes eingeführten Grundsätze zu bringen hat. Darüber äußert sich weder das Gesetz noch einer unsrer Schriftsteller näher. Die Frage ist aber, fasse man sie vom wissenschaftlichen oder vom praktischen Standpunkte auf, in der That keine müßige.

Eine bloße Einrede für den Rechtsnachfolger sollte dadurch nicht geschaffen seyn, wie aus dem vorhin unter b Angeführten sich ergibt.

Am Nächsten scheint die Lösung der Frage zu liegen: der wahre Berechtigte, welcher sein Recht nicht gewahrt hat, verliehrt in den Fällen des Art. 15 sein Recht in dem Momente, in welchem die unter I. angeführten Voraussetzungen des Art. 15 eintreten; also z. B. wenn Jemand von dem mit Unrecht im Güterbuche als Eigenthümer eingetragenen Nichteigenthümer eine Liegenschaft durch einen gerichtlich aufgenommenen und beiderseits vollzogenen lästigen Vertrag erwarb: so verliehrt der wahre Eigenthümer, falls er sein Recht nicht gewahrt hatte und der Erwerber mit demselben nicht bekannt war, sofort sein Eigenthum an den Rechtsnachfolger des im Güterbuche Eingetragenen. Auf diese Weise scheint es Weishaar Bd. II S. 12 zu nehmen.

Allein so kann man die Sache nicht nehmen. Wie soll es sich juristisch vermitteln lassen, daß durch eine Veräußerung von Seiten eines dritten Unberechtigten der dinglich Berechtigte sein Recht an den Rechtsnachfolger des Unberechtigten sofort verliehren soll? Es würde dieß auch viel weiter gehen, als das Gesetz will. Denn das Gesetz will keineswegs dem wahren Berechtigten sein Recht unbedingt ganz entziehen, sondern er soll nur zurückstehen gegen gewisse Rechtsnachfolger des unberechtigten aber im Güterbuche als berechtigt eingetragenen Veräußerers; diese Rechtsnachfolger sollen unter gewissen Voraussetzungen geschützt werden gegen den wahren Berechtigten

und stärker seyn als der Letztere. Hat daher der wahre Berechtigte es nicht mit einem solchen Rechtsnachfolger zu thun: so kann er von seinem Rechte mit voller Wirksamkeit Gebrauch machen, selbst nachdem eine Veräußerung der genannten Art vorgefallen ist. Wenn z. B. der A Eigenthümer einer Liegenschaft ist, sein Vater B ist aber im Güterbuche mit Unrecht als Eigenthümer eingetragen und dieser Letztere veräußert die Liegenschaft, sey es in gutem oder in bösem Glauben (denn auf den Glauben des Veräußerers kommt es nach Art. 15. nicht an) auf die unter Nr. I angegebene Weise an den C: so kann der A sein Recht, wenn er es nicht gewahrt hatte und es dem C unbekannt war, allerdings gegen den C nicht geltend machen; würde aber später durch eine besondere Fügung der Verhältnisse ein Theil des Gutes in die Hände eines Dritten kommen, der nicht vom C sein Recht ableitet: so kann gegen Diesen der A ohne Anstand als Vindicant auftreten und sein Eigenthum geltend machen, eben weil ihm das Gesetz nicht das Eigenthum selbst, sondern nur dessen Verfolgbarkeit gegen gewisse Rechtsnachfolger des B entzog, jener Dritte aber zu diesen Rechtsnachfolgern nicht gehörte.

Das Gesetz will überhaupt in solchen Fällen den Rechtsnachfolger blos schützen, wie einen Pfandgläubiger, der sein Unterpfand von einem Unberechtigten oder von einem blos beschränkt Berechtigten erwarb, durch eine von Seiten eines Unberechtigten oder beschränkt Berechtigten vorgenommene Verpfändung aber verliehrt der wahre Berechtigte keineswegs sofort sein Recht (sein Eigenthum u. s. w.), sondern er muß nur die Verpfändung gegen sich gelten lassen; soweit dann diese Verpfändung wirkt, kann ihm seiner Zeit seine Sache abgenommen werden durch die Pfandklage. So muß es daher auch in den vorliegenden Fällen behandelt werden. Durch eine von dem im Güterbuche eingetragenen Unberechtigten oder beschränkt Berechtigten unter den unter Nr. I angeführten Voraussetzungen vorgenommene Veräußerung geht das nicht gewahrte Recht des wahren Berechtigten keineswegs sofort zu Grunde; nur kann er es gegen Denjenigen, an welchen die Sache veräußert wurde (und dessen Rechtsnachfolger), nicht geltend machen und Dieser siegt gegen ihn,

wenn er mit ihm, sey es als Kläger oder Beklagter, in Streit kommt.

Das hieraus sich ergebende rechtliche Verhältniß hat Aehnlichkeit mit dem Verhältnisse eines quiritarischen Eigenthümers des vorjustinianischen Römischen Rechts zum bonitarischen Eigenthümer. Man nehme nur den einfachsten Fall: Der im Güterbuche mit Unrecht als Eigenthümer Eingetragene veräußert eine Liegenschaft auf die unter Nr. I angegebene Weise an den A, während der wahre Eigenthümer der Liegenschaft, der B, sein Recht nicht gewahrt hatte und dasselbe auch dem A nicht bekannt war; hier bleibt B Eigenthümer der Sache; allein sein Eigenthum ist gegenüber von dem A ein nudum jus ohne alle Wirkung; der A dagegen ist nicht eigentlicher Eigenthümer, aber er hat ganz die Stellung und die Rechte, als ob er Eigenthümer wäre; tritt der B gegen ihn mit einer Eigenthumsklage auf: so kann er diese durch die Berufung auf den Art. 15 abweisen, und er kann sogar eben unter Berufung auf diesen Artikel von dem B und von jedem Dritten die Sache, als ob er ihr Eigenthümer wäre, mit einer dinglichen Klage, einer rei vindicatio utilis oder fictitia, fordern. Erst durch einen vollendeten Ersitzungsbesitz würde das Eigenthum an der Sache auf ihn wirklich übergehen.

Aber wie soll man solche gesetzliche Bestimmungen rechtfertigen? Daß Das, was die ständische Commission für den Art. 15 anführte, zum Theil auf einem entschiedenen Irrthum beruhte, hat schon Bolley Bd. III S. 1158 nachgewiesen. Aber auch Das, was Bolley für den Artikel anführt, dürfte ihn schwerlich rechtfertigen. Vielmehr ist gerade dieser Artikel der erste Hauptschritt, um am Ende zu dem Resultate zu gelangen, welches Bolley selbst durchaus vermeiden will, d. h. Eigenthum und andere dingliche Rechte ganz vom Papiere, von den Einträgen in die Gerichtsbücher abhängig zu machen, ein Schritt, der freilich in einer Zeit nicht sehr überraschen darf, die so gar gerne Alles zu Papier bringt und vom Papiere abhängig macht. Ist es auch nur ein halber Schritt: so ist er doch immerhin sehr weitgreifend [72]. Aber sehr zu wünschen ist, nicht blos daß er

72) Wird der Art. 15 von der Gesetzgebung festgehalten: so wird in nicht

der erste bleiben, sondern daß er auch bald wieder ganz zurückgenommen werden möchte, indem er schon an sich legislativ mehr als bedenklich ist und in seiner Isolirtheit einen mit dem Uebrigen nicht recht zusammenhängenden Riß in die Consequenz unsres Rechtssystems und in die Sicherheit des Eigenthums macht. Legt man auf Publicität des Eigenthums im Interesse der Sicherheit des Verkehrs Werth und will sie einführen: so wird man die Sache

---

länger Zeit ein sehr großer Theil unsres Grundbesitzes auf den Art. 15 sich stützen können, und der größte Theil würde sich nach einem Menschenalter darauf stützen, wenn man allen Erwerb durch Erbtheilung auch unter den Art. 15 stellen könnte. Dieß ist aber wieder eine der zweifelhaften Fragen, wie sie unsre neuere Gesetzgebung in nicht geringer Zahl darbietet. Der Erwerb durch Erbtheilung ist nämlich beinahe durchaus ein Erwerb durch Kauf oder Tausch, also durch lästigen Vertrag. Erben z. B. fünf Kinder vom Vater ein Gut von 25 Morgen und theilen es so, daß das eine Kind gegen Geldabfindung der übrigen das Gut allein behält: so besitzt es nun $^4/_5$ des Gutes in Folge eines Kaufes; theilen sie es so, daß jedes Kind fünf abgesonderte Morgen für sich ausschließlich bekommen soll: so besitzt jedes Kind von seinen fünf Morgen $^4/_5$ in Folge eines Tausches (es vertauschte sein Fünftel, das es an allen übrigen Morgen erbte, gegen die vier Fünftel an dem ihm ausschließlich überlassenen Theil des Gutes). — Wie geht es nun in solchen Fällen, wenn das Gut nicht dem im Güterbuche eingetragenen Vater, sondern einem Dritten gehörte, der sein Recht nicht gewahrt hatte? Ist hier der Art. 15 anwendbar, soweit die Erwerbung durch lästigen Vertrag geschah? Bejaht man diese Frage: so könnte nun der Dritte im ersteren Falle (dem des Kaufes) dem Kinde $^1/_5$ des Gutes mit der Eigenthumsklage abnehmen (denn dieses besitzt es in Folge der Erbschaft, nicht des Vertrages), für die übrigen $^4/_5$ aber wäre es durch den Art. 15 gedeckt; im letzteren Falle (des Tausches) könnte der Eigenthümer jedem Kinde $^1/_5$ wegvindiciren, wegen der anderen $^4/_5$ aber, die sie durch Tausch erwarben, würden sie ihn unter Berufung auf den Art. 15 abweisen können. Wäre das Gesetz so auszulegen: so würde am Ende bei den Erwerbungen durch Erbgang der größere Theil des Geerbten auch unter den Art. 15 fallen. Allein es ist sehr die Frage, ob hier der Art. 15 anwendbar ist. Denn die Miterben erwerben hier von einander doch nicht eigentlich auf den Grund des Güterbuches (vorausgesetzt, daß sie noch nicht in diesem eingetragen waren) noch auf den Grund der Theilungsacten des neuesten Zeitraumes (denn diese sollen erst gemacht werden). Aber es müßte jenes Resultat jedenfalls dann eintreten, wenn die Erben im Güterbuche schon eingetragen gewesen wären oder sie die wirkliche Erbtheilung nach einer im letzten Zeitraume gemachten und übergebenen Eventualtheilung gemacht hätten.

wohl anders angreifen müssen und nicht mit einzelnen in das Ganze nicht recht einfügbaren Halbheiten beginnen oder gar dabei stehen bleiben dürfen. Noch einige anomale Artikel in unsrer Gesetzgebung, wie der Art. 15 und der gleich nachher näher zu betrachtende Art. 71 des Pfandentwicklungsgesetzes —, und unser Recht wird dann, durchschnitten von einem Aggregate isolirter principienwidriger Rücksichten der verschiedensten Art, auf einen so schwankenden unsichern und durchlöcherten Boden gestellt, daß man gegenüber den Bruchstücken des consequenten und gediegenen classischen Römischen Rechts sehr versucht werden möchte, den Gegnern der Codificationen für unsre Zeit nicht ganz Unrecht zu geben.

III.

Bedeutung der Einträge in die Gerichtsbücher für persönliche Rechte überhaupt.

§. 18. Die Gerichtsbücher haben eigentlich zunächst blos Beziehung auf dingliche Rechte und zwar nur auf dingliche Rechte an Liegenschaften. Selbst die Bedeutung, die ihnen unsre Pfandgesetzgebung in Beziehung auf Sicherung der Pfandgläubiger gab, konnte an sich eigentlich nicht dazu führen, in das System der Einträge in die Gerichtsbücher auch die persönlichen Rechte hineinzuziehen; denn ein blos persönliches Recht kann an sich dem dinglichen Rechte, welches man durch ein Unterpfand erhält, keinen Eintrag thun (S. 212). Leider aber ging hierin schon das Pfandgesetz von 1825 weiter, indem es, aus unhaltbaren Gründen (Note 56) gegen das Interesse des Verkehrs und des Kredits und über sein eigenes Princip hinaus gewissen blos persönlich Berechtigten d. h. Denjenigen, deren persönliches Recht auf Erwerbung oder Wiedererlangung einer Liegenschaft geht, die Möglichkeit einräumt, ihrem persönlichen Rechte durch Vormerkung desselben im Unterpfands- oder Güterbuche gegenüber von Verpfändungen, die der wahre Eigenthümer der Sache vornimmt, eine Wirkung zu geben, die einem persönlichen Rechte gar nicht zukommen sollte (s. oben S. 214 f.). Später, bei dem Pfandentwicklungsgesetze von 1828, kam diese

Frage wieder zur Sprache. Statt aber den Schritt, den man in dieser Beziehung im Pfandgesetze gemacht hatte, wieder zurückzunehmen, vergrößerte man vielmehr den Bruch, den man in die allgemeinen Principien gemacht hatte. Man hielt nicht nur an der Ansicht fest, daß man die Vormerkung eines persönlichen Rechts der genannten Art mit der angedeuteten Wirkung gestatten müsse, sondern man gab, im Widerspruche mit den Ansichten, welche früher die Regierung und die ständische Commission so sehr mit Recht für die richtigen gehalten hatten (oben S. 245 und Note 56), der Vormerkung noch eine weit ausgedehntere Wirkung, als sie irgend nach dem Pfandgesetze hatte. Dabei änderte man auch die Form derselben wesentlich, so daß auch Das, was das Pfandgesetz von 1825 über die Form der Wahrung solcher persönlichen Rechte bestimmt (oben S. 214), durch das Pfandentwicklungsgesetz ganz geändert wurde.

Das Pfandentwicklungsgesetz bestimmt nämlich im Art. 71 Folgendes:

„Ist ein persönlicher Anspruch auf Erwerbung oder „Wiedererlangung einer unbeweglichen Sache in Gemäßheit des Pfandgesetzes Art. 74 f. und in Folge eines von „der Unterpfandsbehörde collegialisch gefaßten und nach Art. 186 „des Pfandgesetzes, auch Art. 32 des gegenwärtigen Gesetzes „vollzogenen Beschlusses im Unterpfandsbuche vorgemerkt worden: so kann der Berechtigte diesen Anspruch nicht blos gegen „die späteren Pfandgläubiger, sondern auch gegen alle übrigen „Gläubiger seines Schuldners, welchen kein Pfandrecht auf dieser „Sache zusteht, ingleichen gegen jeden späteren Erwerber derselben „geltend machen."

„Im Uebrigen kann der spätere Pfandgläubiger jedenfalls „gemäß dem Art. 8 Abs. 2 und Art. 77 des Pfandgesetzes an „Dasjenige sich halten, was der zu Erwerbung oder Wiedererlangung eines Gutes Berechtigte wegen Vollziehung seines „Anspruchs zu bezahlen hat; es ist jedoch dieser Berechtigte, ehe „von ihm Zahlung an den Schuldner geleistet wird, von der „nach dem Eintrage seines Rechts geschehenen Unterpfandsbestellung gehörig in Kenntniß zu setzen."

Dieser Artikel wird in den Motiven [72a] blos eine Erläuterung oder Ergänzung bestehender gesetzlicher Vorschriften (also der Bestimmungen des Pfandgesetzes Art. 75 f.) genannt und die ständische Commission bemerkt über ihn, daß sie materiell um so mehr mit ihm einverstanden sey, als er eine Controverse des gemeinen Rechts entscheide [72b]. Allein das Letztere beruht theilweise wenigstens auf einem Irrthum; denn die Controverse des gemeinen Rechts (vergl. darüber Mayer I S. 133 f.) bezieht sich nur auf einen Theil des Inhalts des Artikels und war eigentlich schon durch den Art. 8 des Pfandgesetzes und zwar in einem anderen Sinne entschieden [73] und überhaupt konnte es nach gemeinem Rechte einen begründeten Zweifel nicht leiden, daß ein blos persönliches auf Erwerbung einer Sache gehendes Recht nicht geltend gemacht werden kann gegen ein dingliches Recht (die besonderen Fälle der s.g. actiones in rem scriptae in gewissen Beziehungen ausgenommen), also auch nicht gegen ein Pfandrecht, das der Eigenthümer der Sache an ihr bestellt hatte.

Was aber die Bemerkung in den Motiven betrifft: so ist der Art. 71 in der That nicht blos eine Erläuterung oder Er-

---

72 a) Ständ. Verhandl. v. 1828 Beil.h. II S. 122. Der Art. 59 des Entwurfes des Pfandentwicklungsgs. ist der oben abgedruckte Art. 71 des Gesetzes.

72 b) Ständ. Verhandl. v. 1828 Beil.h. IV S. 214. Auch dem Wenigen, was die Commission weiter noch über den Artikel sagt, liegen entschiedene Mißverständnisse zu Grunde.

73) Mayer I S. 137, 138. Namentlich ergibt sich aus Dem, was Mayer I S. 677 f. nachweist, daß das Pfandgesetz eigentlich durch seine Bestimmungen über die Wahrung persönlicher Ansprüche mit sich selbst in einen Widerspruch kam, indem es Das, was es im Art. 8 blos auf den Fall eines gewahrten dinglichen Rechts beschränkt, im Art. 75 auch bei gewahrten persönlichen Rechten auf Erwerbung oder Wiederverlangung einer Sache zugibt. Um diesen Widerspruch zu heben, gibt daher Mayer dem Art. 75 eine Auslegung, durch welche er wirklich gehoben würde, indem er den Art. 75 blos auf den Fall beschränken wollte, wenn das betreffende Recht bestritten ist. Allein daß diese beschränkende Auslegung eine unrichtige ist, hat schon Bolley B. I S. 63 f. nachgewiesen, und jedenfalls wird sie nun durch den Art. 71 des Pfandentwicklungsgesetzes geradezu verworfen.

gänzung des Pfandgesetzes, sondern in Beziehung auf die verlangten Förmlichkeiten eine wesentliche Aenderung desselben und in Beziehung auf den materiellen Inhalt eine Erweiterung seiner Bestimmungen und zwar eine sehr weit gehende.

Nach diesem Artikel, der (wie auch schon der Art. 75 des Pfandgesetzes, so weit er sich auf solche persönliche Rechte bezieht) nach meiner Ansicht legislativ sich durchaus nicht billigen läßt (Note 56), gilt nun in Beziehung auf die Wahrung persönlicher Rechte, welche auf Erwerbung oder Wiedererlangung einer Liegenschaft gehen, Folgendes:

1. Die Wahrung muß durch einen Eintrag im Unterpfandsbuche geschehen[74] und zwar in Folge eines collegialisch gefaßten Beschlusses der Unterpfandsbehörde und in den Formen, die nach Art. 186 des Pfandgesetzes und Art. 52 des Pfandentwicklungsgesetzes bei einer Unterpfandsbestellung zu beobachten sind. Während also nach dem früheren Rechte (Art. 75 des Pfandges.) die Wahrung solcher persönlichen Ansprüche unter denselben Formen zulässig war, wie die Wahrung dinglicher Ansprüche, ist jetzt für jene eine ganz andere und erschwertere Form

---

74) Ein Eintrag in das Güterbuch ist unzulässig. Anders war es nach dem Pfandgesetze, nach welchem eine bloße Vormerkung sey es im Pfandbuche oder im Güterbuche genügte (oben S. 214). Dieß ist aber durch den Art. 71 des Pfandentwicklungsges. geändert. Denn dieser spricht blos vom Unterpfandsbuche, und daß er nicht blos aus Nachlässigkeit (wie z. B. der Art. 44 desselben Gesetzes s. Note 61), sondern ganz absichtlich sich so ausdrückt, ergibt sich unwiderleglich daraus, daß zur Wahrung ein Beschluß der Unterpfandsbehörde, der von ihr sofort zu vollziehen ist, verlangt wird, diese aber einen Eintrag in das Güterbuch nicht beschließen und vollziehen kann. Es ist daher unrichtig, wenn Weishaar Handbuch §. 481, 489 Nr. V auch einen Eintrag in das Güterbuch für hinreichend hält. Ist die Pfandbehörde im Zweifel, ob es sich von einem dinglichen oder einem persönlichen Rechte handelt: so wird sie gut daran thun, die Wahrung des Rechts jedenfalls in das Unterpfandsbuch auf die im Texte bemerkte Weise einzutragen; denn eine solche Wahrung genügt auch für ein dingliches Recht (da dieses im Güter- oder Unterpfandsbuche gewahrt werden kann S. 197 f), während die Wahrung, wenn sie bei einem solchen Zweifel ins Güterbuch eingetragen würde, wirkungslos wäre, falls es sich später zeigte, daß es sich blos von einem persönlichen Rechte handelte.

vorgeschrieben, so daß, wenn diese nicht vollständig beobachtet wird, die ganze Wahrung ungültig ist[75].

2. Gegen die Versäumniß der Wahrung oder, was der Versäumniß natürlich gleichsteht, gegen ihre unrichtige Ausführung (z. B. wenn die Vormerkung in das Güterbuch statt in das Pfandbuch oder zwar in das Letztere aber blos durch den Vorstand der Pfandbehörde ohne einen Collegialbeschluß derselben eingetragen würde rc.) wird keine Wiedereinsetzung gegeben. Denn auch auf solche Wahrungen bezieht sich die Bestimmung des Art. 89 des Pfandgesetzes. Ja bei den Wahrungen solcher persönlichen Rechte greift sogar die Ausnahme nicht Platz, welche der Art. 89 für den Fall der Bekanntschaft des Pfandgläubigers mit dem der Verpfändung entgegenstehenden Rechte macht, wie oben in Note 55 gezeigt wurde.

3. Auf die genannte Weise (Nr. 1) kann nicht jedes persönliche Recht in Beziehung auf eine Sache gegen nachtheilige Einwirkungen einer Veräußerung und namentlich einer Verpfändung, die der Eigenthümer der Sache vornimmt, gewahrt werden, sondern blos ein solches persönliches Recht, das auf die Erwerbung oder Wiedererlangung des Eigenthums (im eigentlichen Sinne) einer unbeweglichen Sache geht[76]. Andere persönliche Ansprüche und Rechte können niemals einer Verpfändung in irgend einer Weise im Wege stehen, mögen sie nun gewahrt seyn oder nicht, können überhaupt durch eine Wahrung nicht die unten anzuführenden Wirkungen bekommen. Die zulässige Wahrung bezieht sich daher namentlich[77] auf den Fall, wenn Jemand aus einem Vertrage ein Recht auf Uebergabe einer Sache hat, ihm die Sache aber noch nicht übergeben ist, sey es, weil der Eigenthümer mit der Uebergabe zögert, oder weil sie

---

75) Ueber den Fall, wenn ein solcher persönlicher Anspruch schon vor der Publication des Pfandentwicklungsgesetzes ohne Beobachtung der Förmlichkeiten einer Unterpfandsbestellung im Pfand- oder im Güterbuche vorgemerkt worden war, s. die richtige Bemerkung bei Bolley B. III S. 1289.

76) Mayer B. I S. 376 Bolley B. III S. 1287.

77) Daß die Wahrung mit den anzugebenden Wirkungen nicht blos dann, wenn das Recht bestritten ist, sondern auch dann zulässig ist, wenn es anerkannt und nicht bestritten ist, darüber s. Note 73.

erſt nach einer beſtimmten Zeit zu übergeben iſt, oder der Eigenthümer ſeine Verbindlichkeit beſtreitet; ferner wenn Jemand einen Vertrag, durch welchen er eine Sache veräußert und weggegeben hat, angreifen und mit einer perſönlichen Klage die Sache wieder zurückfordern zu können glaubt; ferner wenn Jemand eine Sache veräußert und ſich das Recht, die Sache innerhalb einer gewiſſen Zeit wieder zurückzukaufen, vorbehalten hat ꝛc. Zweifelhaft iſt es aber, ob die Wahrung mit den angegebenen rechtlichen Wirkungen auch in dem Falle zuläſſig iſt, wenn Jemand blos ein bedingtes perſönliches Recht auf Erwerbung einer Sache hat, z. B. ihm unter einer aufſchiebenden Bedingung ein Gut als Geſchenk zugeſagt wurde oder er unter einer ſolchen Bedingung einen Kauf über ein Gut abgeſchloſſen hat. Seeger Bd. I S. 249 verneint die Frage, und ich glaube, mit Recht. Das Pfandgeſetz Art. 75 ſpricht von einem Rechte, das man auf die angegebene Weiſe wahren könne, und dieß muß im Zweifel auf ein wirklich vorhandenes feſtes gegenwärtiges Recht bezogen werden, alſo nicht auf ein blos bedingtes, da im letzteren Falle das perſönliche Recht ſelbſt, von dem es ſich handelt, noch nicht wirklich erworben, ſondern blos die Möglichkeit und Hoffnung vorhanden iſt, beim Eintritte eines gewiſſen Ereigniſſes daſſelbe erwerben zu können. Zwar ſpricht der Art. 71 des Pfandentwicklungsgeſetzes von perſönlichen Anſprüchen; allein damit will er in der That nichts Anderes ſagen, als das Pfandgeſetz mit ſeinem Ausdrucke Recht, wie auch das Pfandgeſetz für dieſen gleich nachher den Ausdruck Anſpruch gebraucht. Würde auch dieſe Anſicht zweifelhaft ſeyn: ſo müßte man doch gerade im Zweifel ſich für ſie entſcheiden, weil man das Geſetz im Zweifel in dem Sinne nehmen muß, welcher am Wenigſten vom regelmäßigen Rechte abweicht (mein Handb. Bd. II S. 144), das vorliegende Inſtitut aber ein durchaus anomales iſt, deſſen Anomalie auf eine wirklich ganz abnorme Weiſe geſteigert würde, wenn man es auch bei blos bedingten Rechten Platz greifen ließe.

Zwar kann natürlich ein blos bedingt Berechtigter nicht gehindert werden, ſein bedingtes Recht im Unterpfandsbuche vormerken zu laſſen; allein die Wahrung wirkt dann nicht von der Zeit ihres Eintrags an, ſondern erſt von der Zeit an, in welcher

die Bedingung eintritt und das Recht wirklich erworben wurde, und zwar in der Art, daß nur diejenigen Verfügungen des Eigenthümers, welche derselbe nach Eintritt der Bedingung über die Sache trifft, in Folge der geschehenen Wahrung vom persönlich Berechtigten angegriffen werden können, nicht aber auch diejenigen, die er vor Eintritt der Bedingung, wenn gleich nach der Zeit der Wahrung, getroffen hatte.

4. Die rechtlichen Wirkungen der Wahrung treten natürlich nur dann ein, wenn der vorgemerkte persönliche Anspruch sich wirklich begründet zeigt und es zu seiner Realisirung kommt. Denn nur ein wirklich existirendes persönliches Recht der genannten Art soll durch eine solche Wahrung geschützt werden gegen Verfügungen, die der Eigenthümer der Sache vornimmt. Es treten daher die anzugebenden Wirkungen namentlich dann nicht ein, wenn es sich später zeigt, daß das persönliche Recht gar nicht existirte; sie treten ferner nicht ein, wenn das persönliche Recht später, vor seiner Realisirung, durch irgend einen Umstand aufgehoben wird oder erlischt. Hierin liegt namentlich in Beziehung auf Pfandrechte, welche an einer Liegenschaft von dem als Eigenthümer Eingetragenen bestellt werden, ein wichtiger wohl zu beachtender Unterschied zwischen einem gewahrten persönlichen Rechte der genannten Art und einem gewahrten dinglichen Rechte. Ist nämlich Jemand als Eigenthümer einer Liegenschaft eingetragen, ein Anderer aber bestreitet es und läßt sein angebliches Eigenthumsrecht vormerken: so ist, wenn auf den Namen des Eingetragenen die Liegenschaft verpfändet wird, der Eingetragene aber nicht Eigenthümer war, sondern das Eigenthum wirklich dem Vormerkenden zustand, das Unterpfand an sich schon ungültig und bleibt ungültig, sollte auch der Eingetragene später das Eigenthum der Sache erwerben (s. oben S. 179 f.). Anders ist es dagegen, wenn gegen den eingetragenen Eigenthümer blos ein persönliches Recht auf Erwerbung oder Wiedererlangung der Sache vorgemerkt wird. Denn ein solches persönliches Recht steht an sich der Verpfändung der Sache durch den Eigenthümer gar nicht im Wege und das Pfandrecht, welches Derselbe auf die Sache nach jener geschehenen Vormerkung legt, ist an sich vollkommen gültig

(S. 212 f.); es kann nur vermöge der anomalen Bestimmung unsres Pfandgesetzes hinterher umgestoßen werden, wenn das gewahrte persönliche Recht wirklich zur Realisirung kommt. Kommt das Letztere daher nicht zur Realisirung, erlischt es vorher aus irgend einem Grunde (z. B. wenn der Eigenthümer den persönlich Berechtigten beerbt oder ihn für seine Ansprüche abfindet u. dergl.): so fällt nun der Grund, aus welchem das Pfandrecht umgestoßen werden konnte, weg und dasselbe bleibt daher vollkommen gültig.

Nur beschränkt treten die angegebenen Wirkungen ein, wenn das persönliche Recht zur Zeit der Wahrung nicht ein fest erworbenes, wirklich existirendes, sondern blos ein bedingtes war. Denn die Wahrung wirkt hier, wie vorhin (Nr. 3 a. E.) gezeigt wurde, blos gegen diejenigen Handlungen des Eigenthümers der Sache, die er von der Zeit an vornimmt, in welcher das Recht wirklich existent wurde.

5. Die Wirkungen der gehörigen Wahrung eines persönlichen Rechts der genannten Art beschränken sich nicht blos auf Schutz gegen Unterpfänder, die der Eigenthümer der Liegenschaft etwa an ihr bestellt, sondern greifen in Folge der Bestimmungen des angef. Art. 71 des Pfändentwicklungsgesetzes noch viel weiter, indem in dieser Beziehung die Pfandgesetzgebung ganz über ihre nächste Aufgabe und über ihren Zweck hinausging. Um diese Wirkungen gehörig aufzufassen und die großen Aenderungen zu ermessen, welche hier durch die Pfandgesetzgebung an dem früher bestandenen Rechte gemacht wurden, wird es von Interesse seyn, zunächst ins Auge zu fassen, was in solchen Beziehungen nach gemeinem Rechte und nach dem Rechte galt, das bei uns vor der Pfandgesetzgebung bestand.

A. Hatte Jemand ein blos persönliches Recht auf Erwerbung oder Wiedererlangung einer Liegenschaft: so galt nach dem gemeinen und früheren Württ. Rechte Folgendes:

a. Das Eigenthum der Liegenschaft erwirbt der persönlich Berechtigte erst durch Uebergabe derselben. Zu diesem Zwecke hat er eine persönliche Klage auf Uebergabe der Sache gegen den ihm persönlich verpflichteten Eigenthümer und dessen Erben.

b. Sein Recht geht, eben weil es blos ein persönliches ist, nur gegen diesen Eigenthümer der Sache, der ihm gerade persönlich verpflichtet ist, und dessen Erben und steht als blos persönliches Recht jedem dinglichen Rechte nach, das dieser Eigenthümer in der Zwischenzeit vor der Uebergabe der Sache an derselben Dritten bestellt (wenn nicht ausnahmsweise der Fall ein solcher ist, in welchem eine s.g. actio in rem scripta, d. h. eine zwar persönliche aber auch gegen dritte Erwerber der Sache gehende Klage gegeben ist, wie z. B. wenn Jemand eine ihm abgezwungene Sache mit der actio quod metus causa zurückfordern kann).

c. Wenn daher der Eigenthümer die Sache vor der Uebergabe einem Dritten verpfändete: so ist und bleibt das Pfandrecht vollkommen gültig, eben weil es vom Eigenthümer bestellt war und ein blos persönliches Recht dem gültig erworbenen dinglichen Rechte keinen Eintrag thun kann; es kann daher auch gegen Denjenigen, der ein blos persönliches Recht auf Erwerbung der Sache hatte, selbst dann geltend gemacht werden, wenn später das Eigenthum der Sache durch deren Uebergabe auf ihn übertragen wird (vergl. oben S. 242, 243). Der Letztere hat blos einen persönlichen Anspruch gegen den Eigenthümer auf Entschädigung, wenn dieser seiner persönlichen Verpflichtung zuwider das Pfandrecht auf die Sache gelegt hatte.

d. Das Gleiche gilt auch, wenn der Eigenthümer andere dingliche Rechte, z. B. Servituten, Dritten in der Zwischenzeit an der Sache einräumte.

e. Wenn der Eigenthümer die Sache in der Zwischenzeit an einen Dritten veräußerte, Diesem sie übergab und dadurch auf ihn das Eigenthum übertrug: so kann der blos persönlich Berechtigte gegen diesen Dritten sein Recht nicht geltend machen (außer in dem unter b. bemerkten Ausnahmsfalle). Denn dieser Dritte ist ihm nicht persönlich verpflichtet und die persönliche Klage des Berechtigten geht blos gegen den ihm persönlich verpflichteten früheren Eigenthümer der Sache und dessen Erben. Auch in diesem Falle hat er deßhalb nur eine persönliche Klage auf Entschädigung gegen die Letzteren (oben S. 242 und C IV, 39 de her. vend. est. 6).

f. Wenn der Eigenthümer, ehe er dem persönlich Berechtigten die Sache übergab, in Gant kommt: so hat der in Beziehung auf das Gut blos persönlich Berechtigte (der creditor speciei) keinen Vorzug vor den übrigen Gläubigern des Schuldners; vielmehr gehen ihm die privilegirten persönlichen Gläubiger und die Pfandrechte vor, die der Eigenthümer an der Sache bestellt hatte (falls er nicht sich auch ein Pfandrecht an der Sache hatte bestellen lassen), und mit den nichtprivilegirten Gläubigern muß er sich in den Erlös der Sache, die zur Veräußerung kommt, theilen (s. mein Handbuch II §. 53).

B. Diese Grundsätze der beschränkten Wirksamkeit des blos persönlichen (durch eine in rem scripta actio nicht geschützten) Rechts auf Erwerbung oder Wiedererlangung einer Sache gelten auch jetzt noch durchaus, wenn dieses persönliche Recht nicht auf die S. 248 bemerkte Weise gewahrt ist. Ist dasselbe aber auf die angegebene Weise gewahrt: so ändern sie sich wesentlich.

Zwar erwirbt der persönlich Berechtigte das Eigenthum der Sache auch bei einer solchen Wahrung erst durch ihre Uebergabe, und die Klage, mit der er die Uebergabe der Sache fordern kann, ist eine blos persönliche. Allein in der Wirkung wird es, sobald der Zeitpunkt der Verfolgbarkeit seines persönlichen Rechts eingetreten ist, ganz so behandelt, als ob das Eigenthum unmittelbar auf ihn übergegangen wäre und als ob von der Zeit der Wahrung an (wenn zu dieser sein persönliches Recht schon existent war s. oben S. 250, 251) der zur Herausgabe der Sache Verpflichtete gar nicht mehr Eigenthümer gewesen wäre. Denn

a. Pfandrechte, welche der Eigenthümer von der eingetragenen Wahrung an auf die Sache legte, werden, sobald der gewahrte Anspruch sich begründet zeigt und seine Realisirung eintritt, ungültig (vgl. oben S. 244); der Erwerber kann die Sache fordern, ohne daß der Pfandgläubiger gegen ihn irgend einen Anspruch in Beziehung auf die Sache selbst geltend machen könnte [78]. Liegt hierin auch ein großer Schutz für Den,

78) Nur kann nach Art. 71 Abs. 2 des Pfandentwicklungsgesetzes ein

der auf diese Weise sich gewahrt hat: so enthält dieser Grundsatz von der anderen Seite eine übergroße Beschränkung des Eigenthümers und des Verkehrs. Denn die Folge desselben wird die seyn, daß nun ein Eigenthümer, gegen welchen solche persönliche Rechte gewahrt sind, gar keinen Kredit mehr auf seine Sache findet. Wer sollte es wagen, ihm Geld zu leihen auf ein Unterpfand, das, wenn jene gewahrten Ansprüche später realisirt werden, völlig unwirksam ist? Selbst wenn die Ansprüche ganz unbegründet sind, kann doch dadurch Jahre lang ein Eigenthümer in seinem Kredit gelähmt werden, weil der Gläubiger nicht im Voraus gewiß wissen kann, ob nicht am Ende für die Gültigkeit der Ansprüche entschieden werden würde, er es somit nicht wagen kann, auf ein solches Gut Geld zu borgen. So ist diese Bestimmung, wie die folgenden, schon aus rechtspolizeilichen Gründen höchst mißlich, wie sie vom Gesichtspunkte der Consequenz des Rechts gar nicht zu vertheidigen ist.

b. Wenn in der Zwischenzeit der Eigenthümer die Sache veräußert: so soll nach dem Art. 74 des Pfandentwicklungsgesetzes Derjenige, welcher sein persönliches Recht auf Erwerbung der Sache gewahrt hat, dasselbe auch gegen jeden späteren Erwerber der Sache geltend machen können. Die persönliche Verpflichtung auf Herausgabe der Sache wird also ausgedehnt auf jeden späteren Erwerber, und der Berechtigte bekommt somit eine absolut wirkende persönliche Klage (actio in rem scripta) in Fällen, in welchen das bisherige Recht eine solche Klage gar nicht kannte. Hat z. B. Jemand von dem A ein Gut gekauft, ehe aber ihm der A das Gut übergibt, veräußert es Dieser an einen Dritten, weil er aus irgend einem Grunde den Verkauf für ungültig hielt, und übergibt es Diesem: so kann der Käufer, wenn er seinen Anspruch aus dem Kaufvertrage in das Unterpfandsbuch hatte eintragen lassen und es sich später zeigt, daß er begründet war, die Kaufsklage auf Uebergabe der Sache auch gegen den dritten Erwerber anstellen (und der dritte Er-

---

solcher Pfandgläubiger an Dasjenige sich halten, was der zur Erwerbung des Guts Berechtigte wegen Vollziehung seines Anspruchs zu bezahlen hat. Vrgl. auch oben S. 209 Note 52 und Bolley Bd. III S. 1890.

werber hat nicht einmal das Recht, von dem Kläger zu verlangen, daß an ihn der Kaufpreis bezahlt werde). Ebenso erhalten durch eine solche Wahrung andre rein persönliche Rechtsmittel gegen ihren Zweck und gegen ihre Natur eine Wirkung über den Kreis der persönlich verbundenen Parthieen hinaus. Z. B. ich kaufe vom B sein Gut, das er mir sofort übergibt und bezahle den Kaufpreis, habe also das Eigenthum des Guts erworben. Später behauptet B durch den Verkauf enorm verletzt zu seyn und läßt seinen Anspruch auf Wiederaufhebung des Vertrags und Zurückerstattung des Guts (Landr. II, 14 §. 1) in das Unterpfandsbuch eintragen; ich aber halte den Anspruch für unbegründet, veräußere das Gut und übertrage das Eigenthum daran auf einen Dritten. War nun hier der Anspruch des B begründet: so kann er das rein persönliche Rechtsmittel wegen enormer Verletzung gegen den dritten redlichen Eigenthümer der Sache, der mit ihm in gar keinen Vertragsverhältnissen steht, in Folge der Bestimmung des Art. 71 anstellen. — Auch von dieser Wirkung gilt Dasselbe, was vorhin unter a bemerkt wurde; sie lähmt Verkehr und Kredit, besonders wenn man erwägt, daß auch unbegründete Ansprüche vorgemerkt werden können und eine solche Vormerkung dann meist die factische Wirkung haben wird, daß der Eigenthümer in der Veräußerung der Sache gehindert ist, weil ein Dritter mit dem Eigenthümer nicht wird Verträge schließen wollen bei der Möglichkeit, daß der vorgemerkte persönliche Anspruch auch gegen ihn wirkt und vermöge desselben ihm die Sache wieder abgenommen werden könnte.

c. Ein solches gewahrtes persönliches Recht geht allen Gläubigern Dessen vor, der zur Herausgabe der Sache verbunden ist, sowohl den einfachen Gläubigern, als auch den Pfandgläubigern und den persönlich privilegirten. Auch diese Bestimmung des Art. 71, wodurch vom Pfand- und Prioritätsgesetze wesentlich abgewichen wird und gegen die sich die Pfandgesetzcommission früher bestimmt erklärt hatte (Note 56), ist sehr zu mißbilligen, um so mehr, als die Gläubiger hier unter einer einseitigen Wahrung Dessen, dem jenes persönliche Recht zukommt, auf eine Weise leiden, gegen die sie sich gar nicht schützen können.

Hiernach hat ein solcher persönlich Berechtigter, welcher sein

Recht gehörig gewahrt hat, ein wahres Absonderungsrecht im Concurse des zur Herausgabe der Sache Verpflichteten, gerade als ob er von Anfang an Eigenthümer der Sache gewesen wäre, und sein blos persönliches Recht hat in so weit durchaus die Wirkungen eines dinglichen Rechts, so daß durch die Wahrung die Natur des gewahrten Rechts völlig geändert wird und daher auch Bolley III S. 1288 hier von einer Verwandlung des persönlichen Rechts in ein dingliches spricht, welches von unsrer Gesetzgebung in der That in einem solchen Falle gewissermaaßen sanctionirt wird.

d. Endlich entsteht noch die Frage: wie geht es, wenn in der Zwischenzeit der Eigenthümer andere dingliche Rechte außer Pfandrechten, z. B. Servituten, einem Dritten an der Sache einräumte und später der gewahrte Anspruch des persönlich Berechtigten auf Herausgabe der Sache sich realisirt? Auch hier wird man behaupten müssen, daß dann solche dingliche Rechte, ganz wie das Pfandrecht, ungültig werden. Zwar sagt dieß der Art. 71 nicht ausdrücklich; allein wenn sogar das später erworbene Eigenthum gegenüber von einem solchen persönlich Berechtigten unwirksam wird (Lit. b): so muß dieß noch mehr von anderen dinglichen Rechten gelten und es folgt dieß eigentlich auch schon aus dem Art. 76 des Pfandgesetzes.

Durch diese Bestimmungen (a—d) ist namentlich die Natur einer s.g. Widerruflichkeit des Eigenthums ex nunc völlig geändert worden, sobald das betreffende persönliche Recht gewahrt ist; es werden ihr im Wesentlichen die Wirkungen beigelegt, welche die Widerruflichkeit des Eigenthums ex tunc hat[79]. Daß aber solche Bestimmungen legislativ sehr bedenklich sind und sie sich weder vom Standpunkte des Rechtsprincips überhaupt noch von dem rechtspolizeilichen des Verkehrs und Kredits gehörig begründen lassen, dieß möchte sich schon durch die Andeutungen erweisen, die ich im Vorstehenden gab.

---

79) Während von der anderen Seite durch andere Bestimmungen unsrer Pfandgesetzgebung die Wirkungen der Widerruflichkeit des Eigenthums ex tunc wesentlich verkümmert und gemindert werden. Vrgl. oben S. 200 und besonders S. 239 und 240.

Die Artt. 71 und 15 des Pfandentwicklungsgesetzes erzeugen in vielen wichtigen Beziehungen solche Inconvenienzen und durchschneiden unser Rechtssystem so sehr durch weitgreifende nicht gehörig motivirte Ausnahmen [79a], daß es wohl gerechtfertigt seyn würde, jene beiden Artikel (und die auf persönliche Rechte sich beziehende Stelle im Art. 75 des Pfandgesetzes) wieder aufzuheben.

IV.

Bedeutung der Einträge in das Unterpfandsbuch bei Abtretung und Verpfändung einer Forderung, namentlich in Beziehung auf Einreden des Schuldners.

§. 19. Die Anomalieen und Verwicklungen, welche unsre Pfandgesetzgebung durch ihr System der Vormerkungen und Einträge in die Gerichtsbücher einführte, wurden von derselben noch in einer anderen Beziehung vermehrt und zwar wieder, wie mir wenigstens scheint, ohne daß ein wahres Bedürfniß dazu vorlag.

Auf einen Anderen übertragen kann man nur, was man selbst hat. Glaube ich blos oder behaupte ich blos, Etwas zu haben, habe es aber nicht: so kann ich es natürlich nicht auf einen Andern in Wirklichkeit übertragen, eben weil ich es nicht habe. Ein Recht daher, das gar nicht existirt oder das mir wenigstens nicht zukommt, kann ich (wenn ich nicht auf eine gültige Weise im Namen des wahren Berechtigten handle) auf einen Anderen nicht übertragen (D. XLI, 1 de domin. *l.* 20 pr.); ebenso kann ich ein Recht, das zwar existirt und mir zukommt, welches mir aber nur in einer beschränkten Beziehung zukommt, nicht in einer unbeschränkteren auf einen Dritten übertragen, überhaupt nicht mehr und Anderes übertragen, als ich habe (D. *l.* c. *l.* 20 §. 1 und L, 17 de reg. jur. *l.* 143 *l.* 175 §. 1 *l.* 177; vrgl. auch LandR. II, 33 §. 2).

---

79 a) Man versuche es nur einmal, nunmehr die Lehre von der Collision der Rechte nach Württ. Rechte genau darzustellen, und man wird dann finden, wie hier die Grundsätze, welche leiten sollen, durch Ausnahmen aller Art durchschnitten und durchlöchert werden.

Von diesen natürlichen Grundsätzen macht unsre Pfandgesetzgebung sehr weitgreifende Ausnahmen. Ein Theil dieser Ausnahmen bezieht sich *nicht* auf das System der Einträge in die Gerichtsbücher und gehört insoferne nicht hierher. Doch erlaube ich mir, auf einen besonders abnormen Fall hier aufmerksam zu machen. Das Pfandgesetz spricht blos einen natürlichen Grundsatz aus, wenn es bestimmt, daß nur Derjenige eine Sache gültig verpfänden könne, welchem sie wirklich gehört; es macht aber davon allerdings insoferne eine Reihe von Ausnahmen, als es bei *Unterpfandsbestellungen auf den Grund der Einträge in die Gerichtsbücher* von Manchen, denen die Sache nicht gehört, fingirt, sie gehöre ihnen. Noch viel weiter aber geht das Pfandentwicklungsgesetz von 1828 bei *Faustpfändern* in einer um so auffallenderen Weise, als hier von einer Vermittlung einer solchen Fiction durch Einträge in Gerichtsbücher gar nicht die Rede seyn kann. Nach dem Art. 53 Abs. 2 des genannten Gesetzes nämlich kann Jemand an einer Sache, *die ihm gar nicht gehört*, ganz gültig ein Faustpfand (oben S. 26) bestellen, so daß dasselbe *gültig bleibt, wenn der Verpfänder auch später die Sache nicht erwirbt.* Dieß dann, wenn der Pfandgläubiger zur Zeit der Faustpfandsbestellung in gutem Glauben ist d. h. nicht wußte, daß dem Verpfänder die Sache nicht gehöre, und das Pfandrecht „unter beschwerendem Titel" erwarb [80]. Hinterlege ich daher z. B. bei

---

80) Das Pfandentwicklungsgesetz Art. 53 Abs. 2 u. 3 sagt nämlich *gegenüber von Solchen, welche aus dem Grunde des Eigenthums Absonderungsrechte in Anspruch nehmen*, Folgendes: „Ist die in Anspruch genommene Sache eine bewegliche oder ein Forderungs„recht, und auf eben derselben vom Schuldner ein Faustpfand bestellt, so „bleibt auch das Recht des Faustpfandgläubigers unverletzt, wenn es von „dem Letzteren *in gutem Glauben und unter beschwerendem „Titel* erworben worden. Bei der Verpfändung von Forderungsrechten „wird übrigens vorausgesetzt, daß die Urkunden, worauf solche beruhen, den „Schuldner selbst als den Eigenthümer der Forderung bezeichnen." Zu der Erwerbung eines Pfandrechts unter *beschwerendem* Titel gehört namentlich der Fall, wenn man für das Geben eines Darlehens oder für die weitere Anborgung einer bereits verfallenen Schuld sich ein Pfand vom Schuldner bestellen läßt. Nur dann würde die Erwerbung nicht unter beschwerendem

Jemanden ein kostbares Gemählde und Dieser verpfändet es sofort als sein angebliches Eigenthum unredlicherweise einem Dritten gegen ein Darlehen: so gilt das Pfandrecht gegen mich und ich verliehre, wenn er insolvent ist, meine Sache und habe gegen ihn blos eine, wenn er nichts hat, nutzlose Entschädigungsklage. Noch mehr! Stiehlt mir Jemand meine Uhr oder meine Brillantnadel und gibt sie als angeblicher Eigenthümer einem Dritten für ein Darlehen zum Faustpfand: so geht es ebenso; ich verliehre mein wohlerworbenes Eigenthum durch die vom Diebe vorgenommene Verpfändung und das Gesetz läßt mir blos eine Regreßklage gegen den Dieb, die aber natürlich niemals etwas nützen wird. — Zur Rechtfertigung solcher gesetzlichen Bestimmungen weiß ich in der That Nichts anzuführen. Allerdings wird dadurch die Sicherheit der Faustpfandgläubiger sehr erhöht; sie brauchen sich nicht im Geringsten darum zu kümmern, ob ihrem Verpfänder das Pfand gehörte, wenn sie nur keinen positiven Grund hatten, das Gegentheil anzunehmen. Allein die weit wichtigere Sicherheit des Eigenthums wird dadurch zerstört und zwar auf eine Weise, bei welcher dem Eigenthümer es gar nicht möglich ist, durch Einträge in öffentliche Bücher oder auf andere Weise sein Recht zu wahren!

Andere Ausnahmen von dem Grundsatze, daß man nur Das, was man hat, und daß man nicht bessere Rechte, als man selbst hat, auf Dritte übertragen könne, macht unsre Pfandgesetzgebung auf den Grund der Einträge in die Gerichtsbücher, wie schon oben näher ausgeführt wurde (vrgl. namentlich §. 17). Zu diesen Ausnahmen gehören nun auch noch die Bestimmungen der Artt. 85, 88 und 124 des Pfandgesetzes.

Aus den S. 258 angeführten natürlichen Grundsätzen folgt nämlich, daß ich eine Forderung, die gar nicht existirt, auch nicht auf einen Anderen übertragen kann; es folgt ferner daraus, daß ich eine Fordernng, die mir in beschränktem Maaße

---

Titel geschehen, wenn das Pfand bestellt würde für eine bereits bestehende und noch nicht verfallene Schuld, außer die Schuld würde demnächst verfallen und das Pfand würde für diesen Fall unter der Bedingung weiterer Anborgung gegeben. Ungenau ist wohl, was Mayer B. II S. 143 über Erwerbung eines Pfandrechts „mit lästigem Titel“ sagt.

zukommt, nur in der beschränkten Weise, in der ich sie habe, an einen Anderen abtreten kann. Hat daher der Schuldner Einreden gegen die Forderung selbst: so kann er von diesen Einreden auch gegen den Cessionar des Gläubigers Gebrauch machen [81], und ist die Forderung ganz nichtig, existirte sie gar nicht: so kann sie natürlich auch nicht vom Cessionar gegen den angeblichen Schuldner geltend gemacht werden, weil etwas rechtlich nicht Existirendes nicht abgetreten werden konnte.

Nach unsrer Pfandgesetzgebung aber kann man eine Forderung, *welche gar nicht existirt*, an einen Anderen so abtreten, daß Diesem nun die Forderung auf eine gültige Weise gegen den angeblichen Schuldner zukommt; man kann ferner eine *mangelhafte* Forderung einem Anderen so abtreten, daß er nun eine *ganz unmangelhafte* Forderung erhält! Dieß wird unter gewissen Voraussetzungen dadurch bewirkt, daß die Abtretung der Forderung in das Unterpfandsbuch eingetragen wird (unten Lit. A). Endlich kann man nach unsrer Pfandgesetzgebung in gewissen Fällen eine Forderung, die man bereits an einen Anderen auf eine gültige Weise abgetreten hatte, doch noch einmal selbst dann ganz gültig an einen Dritten abtreten, wenn auch dem Schuldner die erste Abtretung bereits angezeigt war. Dieß dann wenn die Abtretung in das Unterpfandsbuch nicht eingetragen wurde (s. unten Lit. B). — Was in diesen Beziehungen die Pfandgesetzgebung über Abtretungen bestimmt, erstreckt sie auch auf den Fall, wenn die betreffende Forderung zu *Faustpfand* (oben S. 26) gegeben wird.

A. *Abtretung* (oder Verpfändung) *einer nicht existirenden oder mangelhaften Forderung.*

Der Art. 86 des Pfandgesetzes bestimmt über Einwendungen, die ein wirklicher oder angeblicher Schuldner *gegen seinen ursprünglichen Gläubiger oder dessen Erben* in Beziehung auf eine durch Unterpfänder versicherte Forderung machen kann, auf eine richtige Weise und ganz den allgemeinen Grundsätzen gemäß Folgendes: „Gegenüber von dem ursprüng-

81) Vergl. *Mühlenbruch* Lehre von der Cession der Forderungsrechte dritte Aufl. 1836. §. 59 ff.

„lichen Gläubiger und deſſen Erben wird der Schuldner ſeiner „Einreden in Anſehung der durch Unterpfänder verſicherten For„derung in keinem Falle verluſtig, und es kann die Unterlaſſung „der Eintragung dieſer Einreden in das Unterpfandsbuch, mögen „ſolche ſchon zur Zeit der Pfandbeſtellung begründet oder erſt „nachher entſtanden ſeyn, dem Schuldner in jener Beziehung, „den hiernach (Art. 87) erwähnten Fall ausgenommen [82], keinen „Nachtheil bringen."

Einen völlig anderen Grundſatz aber ſtellt das Pfandgeſetz in Beziehung auf ſolche Einwendungen theilweiſe für den Fall auf, wenn eine durch Unterpfänder verſicherte Forderung abgetreten (oder verpfändet) wird und es ſich von der Frage handelt, ob der wirkliche oder angebliche Schuldner auch gegen den Ceſſionär (oder Fauſtpfandgläubiger) von den Einwendungen, die er gegen die Forderung hat, Gebrauch machen könne. Der Art. 88 des Pfandgeſetzes beſtimmt nämlich Folgendes: „Gegen einen „Dritten hingegen, welcher die eingetragene Forderung „durch läſtigen Rechtstitel und in gutem Glauben „erworben hat, oder welchem ſie unter gleicher Vorausſetzung „verpfändet worden, können von dem Schuldner Einreden wider „die urſprüngliche Richtigkeit der Forderung, ſowie ſpäter ent„ſtandene Einreden, namentlich der Zahlung oder der Compenſa„tion, nur dann geltend gemacht werden, wenn ſolche in dem „Unterpfandsbuche, zur Zeit des Eintrags der Erwerbung durch „den Dritten, vorgemerkt ſind, oder von dem Schuldner auf die „Benachrichtigung von dem Vorhaben dieſer Eintragung gleich„bald angezeigt werden."

Dieſer Artikel, mit welchem noch die Artt. 72, 111 und 124 zu verbinden ſind, enthält eine bedeutende Aenderung an dem bis dahin beſtandenen Rechte. Er legt unter gewiſſen Bedingungen dem Eintrage, welcher von der geſchehenen Abtretung (oder Verpfändung) einer Forderung in das Unterpfandsbuch gemacht wird, die Wirkung bei, daß der wirkliche oder angebliche Schuldner die Befugniß verliehrt, gegen den Ceſſionar (oder

82) Dieſer Fall betrifft bei Geldbarlehen die Einrede des nicht empfangenen Darlehens. Das Nähere über denſelben intereſſirt bei den vorliegenden Fragen nicht weiter.

Pfandgläubiger) solcher Einwendungen sich zu bedienen, welche er gegen die Forderung vor ihrer Abtretung (oder Verpfändung) [83] zu machen hatte. Zur genaueren Bestimmung dieser Aenderung aber müssen die Fragen getrennt werden: Welches sind die Erfordernisse und Voraussetzungen, unter denen ein solcher Eintrag die betreffende Wirkung hat? Und worin besteht die Wirkung, wenn jene Erfordernisse vorhanden sind? — Auch über diese Fragen fehlt es bei der zum Theile sehr ungenauen Fassung unsres Gesetzes nicht an einer Reihe von Zweifeln und Controversen.

I. Die im Art. 88 festgesetzte Wirkung tritt nur dann ein, wenn die geschehene Abtretung (oder Verpfändung) der Forderung in das Unterpfandsbuch eingetragen oder, falls gegen den Eintrag noch ein Anstand erhoben wird, in demselben wenigstens vorläufig bemerkt wird [84]. Daß der Eintrag in Folge eines collegialischen Beschlusses der Unterpfandsbehörde geschehe, ist nicht nöthig; er kann auch durch den Vorstand allein bewerkstelligt werden [85].

Allein dieser Eintrag, beziehungsweise diese Vormerkung, hat die anzugebenden Wirkungen nur dann, wenn noch sechs

---

83) Ueber Einwendungen, die erst nach diesem Zeitpunkte entstehen, s. unten Lit. B.

84) Ein bloßer Eintrag in einem anderen Gerichtsbuche, z. B. im Güterbuche oder im Kaufbuche, genügt nicht. Vrgl. Pfandges. Art. 84, Art. 88 verb. „wenn solche in dem Unterpfandsbuche zur Zeit des Eintrags „der Erwerbung durch den Dritten" u. s. w., und besonders Art. 160.

85) Anderer Meinung ist Mayer Bd. II S. 268 f.; allein s. Pfandges. Art. 144, Hauptinstruct. §. 16 §. 222 und Bolley Bd. II S. 517, 518, 541. Nur ist nicht richtig, wenn Bolley II S. 541 meint, die Frage habe „kein großes practisches Interesse." Er führt als Grund an: „die „Eintragung der Cession ist ja nicht der Form wegen oder zur Gültigkeit „derselben, sondern nur zur Sicherstellung der Rechte des Cessionars „vorgeschrieben." Allein gerade der letzteren Beziehung wegen hat eben die Frage großes practisches Interesse. Denn wenn zum Eintrage ein collegialischer Beschluß der Unterpfandsbehörde nöthig wäre: so würde ein durch den Vorstand allein beschlossener und vollzogener Eintrag juristisch ungültig und bedeutungslos und so zu behandeln seyn, als ob er gar nicht geschehen wäre, so daß dadurch für den Cessionar die Sicherung, die ihm das Gesetz im Falle eines ordnungsmäßigen Eintrags zusagt, nicht eintreten würde.

andere Erfordernisse und Voraussetzungen zugleich vorhanden sind, nämlich folgende:

1. Die Forderung muß eine durch ein Unterpfand (oben S. 26) versicherte seyn (Art. 88 verglichen mit Art. 86 des Pfandges.).

2. Der Cessionar muß die Forderung (oder der Faustpfandgläubiger sein Pfandrecht an derselben) durch lästigen Titel d. h. für eine Gegenleistung, z. B. durch Kauf, Tausch u. s. w. (oben S. 210, 211) erworben haben [85a].

3. Er muß im guten Glauben gewesen seyn (Art. 88 cit.), d. h. es müssen ihm zur Zeit des geschlossenen Geschäfts (der Abtretung oder Pfandbestellung) die Einwendungen, welche der Schuldner gegen die Forderung zu machen hatte, unbekannt gewesen seyn [85b]. Dagegen ist guter Glaube des abtretenden (oder verpfändenden) Gläubigers nicht nöthig; war Dieser mit den Einwendungen bekannt: so kann der Schuldner doch gegen den redlichen Cessionar (oder Faustpfandgläubiger) von ihnen keinen Gebrauch machen, wenn die übrigen angeführten und anzuführenden Erfordernisse vorhanden sind (Pfandges. Art. 72 Abs. 2).

4. Die Einwendungen des Schuldners dürfen nicht schon zu der Zeit, in welcher die Abtretung (oder Verpfändung) der Forderung in das Pfandbuch eingetragen wurde, in demselben vorgemerkt seyn. Waren sie dieß: so können sie stets gegen den Cessionar (oder Faustpfandgläubiger) vorgeschützt werden (Pfandges. Art. 88 verb.: wenn solche u. s. w.).

5. Der Schuldner muß von der beabsichtigten Eintragung der Abtretung (oder Verpfändung) benachrichtigt werden, damit ihm Gelegenheit gegeben wird, seine Einwendungen gegen die Forderung, sofern er sie noch nicht hatte vormerken lassen (Nr. 4), noch nachzuholen (Pfandges. Art. 88 a. E. und Art. 202 a. E.).

85a) Der angef. Art. 88. Ueber den Erwerb eines Pfandrechts unter lästigem Titel s. Note 80 a. E.

85b) Die beiden letzteren Requisite (Nr. 2, 3) läßt Reyscher Württ. Privatr. §. 525 a. E. ganz weg, aber doch wohl nur aus Versehen (denn s. Denselben §. 338 Nr. 1); ebenso ist viel zu allgemein, was Derselbe §. 244 bei Note 11 sagt.

Von Wem muß aber diese Benachrichtigung geschehen? Muß sie von der Pfandbehörde oder ihrem Vorstande geschehen, wenn sie die Wirkung haben soll, daß der Schuldner seine nicht zur Anzeige gebrachten Einwendungen verliehrt (wofür Bolley Bd. I S. 288, 292 zu seyn scheint), oder genügt auch eine vom Cessionar oder vom abtretenden Gläubiger vorgenommene Benachrichtigung (wofür Seeger Bd. I S. 276 und Mayer Bd. I S. 404, Bd. II S. 273 sind)? Ich glaube, daß das Letztere nicht genügt, daß vielmehr von Seiten der Pfandbehörde oder ihres Vorstandes (Pfandges. Art. 144) [86] die Benachrichtigung geschehen muß, wenn der Schuldner verbunden seyn soll, bei Verlust seiner Einwendungen diese anzugeben. Zwar äußert sich hierüber der Art. 88 sehr unbestimmt und so ungenau, wie ein Gesetz sich nicht äußern sollte („auf die Benachrichtigung „von dem Vorhaben dieser Eintragung" ꝛc.). Allein erwägt man, daß es sich hier von der Vorbereitung eines Eintrags in das Pfandbuch handelt, und daß der Art. 202 der Behörde die Verpflichtung auferlegt, vor Vollziehung des Eintrags den Schuldner hiervon in Kenntniß zu setzen, und sich dabei auf den Art. 88 beruft: so muß man dafür entscheiden, daß eine amtliche Benachrichtigung erforderlich ist [87].

---

86) Natürlich gilt die Benachrichtigung als vom Vorstande geschehen, wenn Dieser sie verfügt und der Actuar sie vollzieht.

87) Auf diese Weise wird auch der Artikel von der Hauptinstruction ausgelegt. Seeger beruft sich für seine Ansicht auf die ständischen Verhandlungen, indem nach dem ständ. Antrage die Benachrichtigung amtlich geschehen sollte, in dem Gesetze aber dieses Erforderniß nicht ausgedrückt sey, somit jener Antrag abgelehnt scheine. Allein dem scheint doch nicht so zu seyn, vielmehr ist der Antrag der Stände in dieser Beziehung von der Regierung berücksichtigt worden; nur ist Das, was die Stände wollten, theilweise erst im Art. 202 ausgedrückt. Bei der Ansicht von Mayer, welcher jede Privatbenachrichtigung von Seiten des Abtretenden oder des Cessionars für hinreichend hält, aber doch behauptet, die Antwort darauf, die Anzeige der Einwendungen des Schuldners (oben Nr. 6), müsse an die Behörde geschehen, wenn die Einwendung für gewahrt gelten solle, würde der mit der Auslegung des zweideutigen Art. 88 nicht ganz genau vertraute Schuldner leicht in Nachtheil kommen, da ihm die bloße Privatbenachrichtigung zu dem Glauben führen müßte, es genüge auch eine Antwort an den Benachrichtigenden. Wenn bei meiner und Bolley's Ansicht der

6. Der Schuldner muß es unterlassen haben, auf diese Benachrichtigung hin „gleichbald“ seine Einwendungen anzuzeigen [88]. An Wen die Anzeige zu machen ist, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich; ohne Zweifel aber kann sie nur an Den gültig gemacht werden, von welchem die Benachrichtigung ausgehen mußte, also an die Pfandbehörde, um so mehr, als ja diese Benachrichtigung zum Zwecke der Vormerkung der Einwendung in das Pfandbuch zu geschehen hat [89].

II. Nur wenn alle diese Erfordernisse vereint vorhanden sind, tritt die Wirkung ein, daß der Schuldner das Recht verliehrt, Einwendungen, die er gegen die Forderung hatte, gegen den Cessionar (oder den Faustpfandgläubiger) vorzuschützen. Fehlt auch nur eines dieser Erfordernisse: so bleibt es bei dem frühe-

---

Schuldner auf die Privatbenachrichtigung nicht antwortet: so schadet es ihm nichts; antwortet er aber auf die amtliche Benachrichtigung nicht der Behörde: so schadet es ihm allerdings; aber die amtliche Benachrichtigung erinnert ihn auch schon ganz natürlich, daß er der Behörde antworten muß, besonders wenn die Bestimmung der Hauptinstruction §. 222, nach welcher die Behörde ihn fragen soll, ob er Einwendungen zu machen habe, eingehalten wird. Uebrigens gehört dieses Fragen nicht zur wesentlichen Form, sondern ist blos eine reglementäre Vorschrift (ungenau ist Bolley Bd. I S. 288, 292); denn das Gesetz sagt nichts davon, und wenn daher die Behörde den Schuldner von der geschehenen Cession blos benachrichtigt, ohne ihn nach seinen Einwendungen zu fragen: so verliehrt er doch das Recht zu diesen Einwendungen, wenn er sie auf die Benachrichtigung nicht vorbringt.

88) Pfandges. Art. 88 a. E. Was heißt aber hier: „gleichbald“? Vergl. Seeger Bd. I S. 276, Mayer Bd. I S. 405. Es kann dieß in der Anwendung auf viele Zweifel führen und das Gesetz hätte hier einen bestimmten Termin festsetzen sollen, wie auch die Stände beantragten. Mayer legt es so aus, daß in der möglichst kürzesten Zeit, worüber der Richter nach den jedesmaligen Umständen zu ermessen habe, die Anzeige gemacht werden müsse. So wird allerdings die Stelle auszulegen seyn; allein dadurch werden die Zweifel, welche die Sache in der Anwendung bekommen kann, nicht gehoben.

89) Vergl. auch Note 87. Hier ist auch Mayer Bd. I S. 405 der Ansicht, daß die Anzeige an die Behörde geschehen müsse. Allein wenn er eine Privatbenachrichtigung zuläßt (Note 87): so sollte er auch eine Privatantwort zulassen; denn was der Art. 88 von der Benachrichtigung sagt, muß auch von der Anzeige gelten.

ren mit den natürlichen Rechtsgrundsätzen übereinstimmenden Rechte, d. h. kann der Schuldner durch Einwendungen, die er gegen die Forderung vor ihrer Abtretung oder Verpfändung hatte, auch gegen den Cessionar oder Faustpfandgläubiger sich schützen. Er kann daher von solchen Einwendungen gegen den Cessionar Gebrauch machen bei allen Forderungen, die nicht durch Unterpfänder versichert sind (oben I, 1); bei durch Unterpfänder versicherten Forderungen kann er davon Gebrauch machen, wenn die Abtretung nicht im Unterpfandsbuche eingetragen, beziehungsweise vorgemerkt ist, namentlich also auch, wenn sie blos in das Güterbuch oder in das Kaufbuch eingetragen wurde (Note 84), ferner wenn die Abtretung nicht für eine Gegenleistung geschah (oben I, 2), oder wenn der Cessionar zur Zeit des Abschlusses des Abtretungsgeschäfts mit den Einwendungen des Schuldners bekannt war (I, 3), oder wenn der Schuldner vor oder zu der Zeit, in welcher die Abtretung in das Pfandbuch eingetragen wurde, seine Einwendungen in demselben hatte vormerken lassen (I, 4), ferner so lange ihm nicht durch die Pfandbehörde oder ihren Vorstand von dem beabsichtigten Eintrage der Abtretung Nachricht gegeben wurde (I, 1)[90] oder ihm zwar diese Nachricht gegeben wurde, er aber seine Einwendungen gleichbald der Behörde anzeigte (I, 6) [91].

---

90) Wird die Abtretung eingetragen, ohne ihm diese Nachricht zu geben, und der Cessionar klagt später: so kann der Schuldner alle Einwendungen in Beziehung auf die Forderung mit Wirkung vorschützen, die er schon vor der Cession hatte, sollte er auch schon früher auf andere Weise von der Abtretung und ihrem Eintrage erfahren haben. Dieß ergibt sich aus dem Schlusse des Art. 88.

91) Unterläßt es die Pfandbehörde, die angezeigten Einwendungen im Pfandbuche vorzumerken: so schadet dieß dem Schuldner nichts (andrer Ansicht scheint Mayer Bd. I S. 405 zu seyn; allein der Art. 88 a. E. begnügt sich ja mit der bloßen Anzeige der Einwendungen). Ebenso schadet es dem Schuldner nichts, wenn die Pfandbehörde von den angezeigten Einwendungen den Cessionar nicht in Kenntniß setzt; Bolley Bd. I S. 295. Zeigte aber der Schuldner seine Einwendungen nicht der Pfandbehörde an, sondern blos dem Cessionar: so genügt dieß, wenn es nach geschehener Cession geschah, nicht; denn von Seiten des Cessionars wird guter Glaube nur erfordert zur Zeit der Erwerbung der Forderung; was er nach dieser Erwerbung erfährt, kann ihm also nicht nachtheilig seyn. Wird daher die

III. Sind aber bei dem Eintrage der Abtretung (oder Verpfändung) einer durch Unterpfänder versicherten Forderung alle unter I ausgeführte Erfordernisse vorhanden: so kann nun der Schuldner gegen Denjenigen, welcher die Forderung erworben hat (oder dem sie zu Faustpfand gegeben wurde) „Einreden „wider die ursprüngliche Richtigkeit der Forderung, „so wie später entstandene Einreden, namentlich der „Zahlung oder der Compensation," nicht mehr geltend machen [92].

Das Gesetz gebraucht hier den Ausdruck Einreden in einem sehr weiten Sinne, indem es darunter alle mögliche Einwendungen begreift, welche der Schuldner gegen die Forderung haben kann.

Der Schuldner verliehrt nämlich unter den angegebenen Vor-

Cession, weil der Schuldner der Behörde, die ihn von der beabsichtigten Eintragung der Cession benachrichtigt hatte, keine Einwendungen anzeigte, ohne Beschränkung in das Unterpfandsbuch eingetragen: so kann dann nach diesem Eintrage der Schuldner von den Einwendungen, die er dem Cessionar nach geschehener Cession angezeigt hatte, keinen Gebrauch machen.

92) Wohl zu beachten ist, daß es sich hier blos von Einreden gegen die abgetretene (oder zu Faustpfand gegebene) Forderung handelt, nicht von Einreden gegen die Gültigkeit der für die Forderung bestellten Unterpfänder. Diese kann der Schuldner auch nach der eingetragenen Abtretung gegen den Cessionar (oder Faustpfandgläubiger) gerade so geltend machen, wie er es gegen den ursprünglichen Gläubiger konnte. Anderer Meinung ist Mayer Bd. I S. 400, 401. Allein er gibt selbst zu, daß das Gesetz von diesem letzteren Falle gar nicht spreche; eine so singuläre Bestimmung aber, wie die des Art. 88, darf man nicht analog auf im Gesetze übergangene Fälle ausdehnen (mein Handb. Bd. II S. 59). Natürlich aber ist das eben Gesagte nicht zu beziehen auf solche Einwendungen gegen das Unterpfand, welche aus der Mangelhaftigkeit Ungültigkeit oder Tilgung der Forderung, für die das Unterpfand bestellt wurde, hergeleitet werden (z. B. wenn der Schuldner behauptet, das Unterpfand sey erloschen, weil die Forderung schon vor ihrer Cession getilgt worden sey). Denn hier bezieht sich die Einwendung zunächst auf die Forderung und nur folgeweise auf die Gültigkeit des Unterpfands, und hier gilt daher von der Einwendung ganz das im Texte Gesagte, auch soweit sie sich auf den Bestand des Unterpfands bezieht. — Bei Einwendungen gegen das Unterpfand, welche sich auf das Verhältniß der Sache zu einer dritten Person beziehen, kommen die oben ausgeführten Grundsätze (vrgl. besonders S. 210 f., 221, 222) zur Anwendung.

aussetzungen gegen den Cessionar (oder den Faustpfandgläubiger) und natürlich auch gegen dessen Rechtsnachfolger[93] 1. jede Einrede gegen die Forderung, sey sie eine eigentliche Exception im Römischen Sinne oder eine solche Einwendung, durch welche er sich auf ein die entstandene Forderung völlig wieder aufhebendes und vernichtendes Ereigniß berufen könnte; er verliehrt also z. B. die Einrede der Verjährung, des Vergleichs, eines rechtskräftigen die Forderung aberkennenden Urtheils, der Zahlung, der Compensation u. s. w. Hiernach kann eine völlig erloschene Forderung unter den angegebenen Voraussetzungen gültig cedirt werden. Z. B. der A leiht dem B 1000 fl. und läßt sich dafür eine Liegenschaft Desselben verpfänden, B zahlt die Schuld später zurück; wenige Tage nach der Zahlung stirbt der A; sein Erbe findet noch den Schuldschein vor und verkauft ihn an den C; versäumt hier nun der B, welcher von der Abtretung benachrichtigt wurde, sofort der Behörde die geschehene Zahlung anzuzeigen: so ist, obgleich durch die Zahlung die Forderung und eben damit auch das Unterpfand völlig erloschen war, doch die Cession in der Art wirksam, daß die alte Forderung und das alte Unterpfand, als ob nie eine Erlöschung eingetreten wäre, von dem C geltend gemacht und eingeklagt werden kann. 2. Das Gleiche tritt ein, wenn die Forderung von Anfang an ganz ungültig war, rechtlich gar nicht existirte; sie kann doch auf eine wirksame Weise abgetreten werden unter den unter I angeführten Voraussetzungen und es wird dann die an sich ungültige Forderung nunmehr hinterher vollkommen gültig, so daß der Schuldner später keine Einwendung mehr gegen sie erheben kann und ebenso wird auch dadurch das für die Forderung bestellte Unterpfand gültig, das von Anfang an wegen Ungültigkeit der Forderung eigentlich rechtlich gar nicht existent geworden war. Daß dieß der Sinn des Gesetzes sey, ist, was die Forderung betrifft, schon nach dem angef. Art. 88 nicht zu bezweifeln, indem er unter den angegebenen Voraussetzungen den Schuldner aller „Einreden wider die ursprüngliche Richtigkeit der For„derung" für verlustig erklärt. Jeden Zweifel aber hebt noch,

93) Vrgl. Bolley Bd. I S. 298.

namentlich auch in Beziehung auf das Unterpfand, der Art. 124 des Pfandgeſ., indem dieſer ſagt: „Die Erlöſchung des Unterpfands „durch Nichtigkeitserklärung oder Tilgung der Forderung „kann in Beziehung auf den dritten Erwerber der Letztern, rück„ſichtlich der Hauptforderung ſowohl, als des Unterpfandsrechts, „nur unter den in dem Art. 88 enthaltenen Beſtimmungen ein„treten."

Solche Anomalieen einzuführen, ſcheint mir ſehr bedenklich zu ſeyn, und ſchwerlich möchten ſie durch die Rückſicht auf die Sicherheit des Verkehrs gerechtfertigt werden, die hier gar zu weit gehen würde [94].

IV. Bei dieſen Beſtimmungen iſt noch zu beachten, daß nach Art. 89 des Pfandgeſ. „gegen den Nachtheil, welcher aus „der Verſäumniß eines Berechtigten entſteht, ſelbſt unter Vor„ausſetzung der allgemeinen Bedingungen Wiedereinſetzung in „den vorigen Stand nicht ſtattfindet." Iſt daher z. B. der Schuldner ein Minderjähriger und ſein von der Abtretung der Pfandſchuld benachrichtigter Vormund verſäumt es, die Einwendungen, die ſeinem Mündel zukommen, der Behörde anzuzeigen: ſo wird auch ein ſolcher minderjähriger Schuldner gegen das Verſäumniß nicht wiedereingeſetzt, ſelbſt wenn ſein Vormund inſolvent ſeyn ſollte.

V. Dabei entſteht noch die Frage, wie es ſich verhalte, wenn ſich zwar ſchon zu der Zeit, in welcher der Schuldner von der Abtretung benachrichtigt wurde, Einwendungen gegen die Schuld erheben ließen, dem Schuldner aber dieſe Einwendungen noch gar nicht bekannt waren und er ſie deßhalb nicht zur Anzeige brachte.

Kannte er die factiſchen Umſtände, auf welche eine Einwendung rechtlich ſich hätte gründen laſſen, er glaubte aber irrig, auf dieſe Umſtände eine Einwendung nicht gründen zu können, und verſäumt deßhalb ihre Anzeige: ſo wird er des Rechts,

---

94) Auch Bolley gibt Bd. I S. 285 zu, daß man wohl die Frage aufwerfen könne, ob, da die Einreden im Allgemeinen nicht an die Oeffentlichkeit gebunden ſind, ein genügender Grund zu dieſen Beſtimmungen vorlag. Ebenſo hält Mayer Bd. I S. 19 dieſe Beſtimmungen unſres Geſetzes nicht für gerechtfertigt (Das, was er ſpäter S. 400 in der Note ſagt, iſt mit ſeiner Aeußerung S. 19 nicht, wie Bolley a. a. O. glaubt, im Widerſpruche).

die Einwendung gegen den Cessionar später vorzubringen, jedenfalls dann verlustig, wenn sein Rechtsirrthum nicht aus den in meinem Handbuche Bd. II S. 124 angeführten besonderen Gründen entschuldbar war.

Wie ist es aber dann, wenn einer dieser besonderen Gründe vorlag und deßhalb sein Rechtsirrthum entschuldbar war, oder wenn ihm jene factischen Umstände unbekannt waren, z. B. er vom Gläubiger betrogen war, aber den Betrug noch nicht entdeckt hatte? Bolley (welcher Bd. I S. 292, so viel ich finde, allein auf diese Frage sich einläßt) glaubt, der Art. 88 sey blos auf solche Einwendungen des Schuldners zu beziehen, welche ihm zur Zeit der Benachrichtigung bekannt waren oder doch bei gehöriger Aufmerksamkeit bekannt seyn konnten, der Artikel sey also dann unanwendbar, wenn der Schuldner über seine Befugniß zu Einwendungen in einem entschuldbaren Irrthum sich befand. Mir ist diese Auslegung mehr als zweifelhaft. Denn der Artikel selbst sagt nichts von einer solchen Beschränkung; er deutet gar nicht an, daß hier ein entschuldbarer Irrthum des Schuldners zu beachten sey. Vielmehr spricht dagegen der Zweck des Artikels, den Cessionar sicherzustellen, ein Zweck, für den das Gesetz sich ohnehin in so große Anomalieen hineinbringen ließ; der Umstand aber, auf den sich Bolley beruft, daß die Cession eine ohne die Einwilligung des Schuldners vorgehende Handlung ist, würde hier zu viel beweisen; denn er würde gegen den ganzen Artikel 88 sprechen; wenn aber der Art. 89, wie Bolley weiter anführt, von der Versäumniß eines Berechtigten spricht: so liegt darin doch wohl nicht blos die Bezeichnung eines unentschuldbaren, sondern auch die eines entschuldbaren Versäumnisses, des Nichtgeschehens überhaupt, um so mehr als er ja die Wiedereinsetzung bei einer solchen Versäumniß versagt selbst wenn die allgemeinen Bedingungen zur Wiedereinsetzung vorhanden seyn sollten [95]. Freilich enthält

95) Bolley glaubt, in dem Ausdrucke Versäumniß, den das Gesetz gebraucht, liege von selbst, daß das Gesetz sich nur auf unentschuldbare Unterlassungen beziehe. Allein dieß liegt in jenem Ausdrucke keineswegs; Versäumniß heißt hier eben Unterlassung, sey sie an sich entschuldbar oder unentschuldbar. Hiefür kann ich Bolley selbst anführen, in dem er z. B. in seinen Ent-

hiernach der Art. 88 eine Bedeutung, die vollends gar nicht legislativ zu rechtfertigen seyn wird; allein auch hiervon abgesehen möchte ich überhaupt nicht die legislative Rechtfertigung des Artikels übernehmen. — Jedenfalls aber ist, wenn man Bolley's Prämissen zugibt und annehmen will, daß man den Art. 88 im Zweifel und weil sonst die Anomalie gar zu groß würde, auf solche Einwendungen beschränken müsse, die dem Schuldner bei gehöriger Aufmerksamkeit hätten bekannt seyn können, Das dann unrichtig, was Bolley von den Erben sagt. Er sagt nämlich S. 293 Note 3: „Erben können sich daher nie damit, daß ihnen „die Verhältnisse des Erblassers nicht bekannt gewesen, schützen; „denn der vorsichtige Erblasser hätte ja seine Einreden schon vor „der Benachrichtigung von der Abtretung eintragen lassen oder „auf eine andere Weise für die Unterrichtung seiner Erben sorgen „können; die Versäumnisse des Erblassers treffen aber die Erben." Es ist hier nämlich nicht beachtet, daß man nicht verbunden ist, Einreden, die man gegen eine Schuld hat, vor der Benachrichtigung von einer Abtretung der Schuld in das Pfandbuch eintragen zu lassen; man ist nur bei Verlust dieser Einreden verbunden, nach der Abtretung, wenn man davon durch die Pfandbehörde benachrichtigt wurde, sie anzuzeigen. Ein Erblasser daher, dem eine solche Abtretung nicht angezeigt wurde, macht sich nicht im Geringsten einer unentschuldbaren Versäumniß schuldig, wenn er Einreden, die er hatte, nicht zum Eintrag brachte (er hätte sie zum Eintrag bringen können, wie Bolley sagt; allein diese bloße Möglichkeit war ja für ihn noch nicht eine juristische Nothwendigkeit, um sich oder seinen Erben die Einreden zu sichern, geworden). Wenn daher die Schuld erst nach des Erblassers Tode abgetreten wird und die Erben, von

---

würfen zu einer Civilprozeßordnung B. I S. 335 von einem „Versäumniß" spricht, bei welchem den Versäumenden „ein Vorwurf nicht trifft." Wenn daher das Gesetz überhaupt bei Versäumnissen Wiedereinsetzung ausschließt: so erklärt es eben damit, daß auch ein Versäumniß, das an sich entschuldbar wäre, nicht zu beachten sey. Würde man den Art. 89 nicht so auslegen: so würde er für die übrigen voranstehenden Artikel (Art. 65—85, auf die er sich ja auch bezieht) einen Sinn bekommen, den Bolley selbst für jene Artikel schwerlich vertheidigen wird.

der Abtretung benachrichtigt, die Anzeige einer Einwendung, welche begründet war und der Erblasser kannte, unterließen, weil sie ihnen nicht bekannt war: so trifft sie kein Vorwurf, eben weil sie die Einwendung nicht kannten, und eben so wenig trifft den Erblasser eine Versäumniß, weil die Einwendungen erst nach einer an den Schuldner amtlich geschehenen Benachrichtigung von der Abtretung vorzubringen sind. Wenn man daher den Art. 88, was mir aber, wie gesagt, mehr als zweifelhaft ist, beschränken zu können glaubt blos auf den Fall, wenn der Schuldner aus einer ihm zur Last zu legenden Nachlässigkeit die Anzeige seiner Einwendungen unterließ: so wird man diese Beschränkung auch den Erben zu gut kommen lassen müssen, sobald erst nach dem Tode des Erblassers die Abtretung der Schuld geschah und sie keine Kenntniß von den Einwendungen hatten, die gegen die Schuld hätten erhoben werden können.

B. Abtretung (oder Verpfändung) einer Forderung, die man bereits auf eine bindende Weise an einen Anderen abgetreten (oder verpfändet) hatte.

Das Pfandgesetz enthält noch besondere Bestimmungen über die Frage, wie weit, wenn ein Gläubiger eine durch Unterpfänder versicherte Forderung an einen Dritten abgetreten oder als Faustpfand gegeben hat, die Rechte des Cessionars oder Faustpfandgläubigers durch Handlungen beeinträchtigt werden können, welche der ursprüngliche Gläubiger nach der Abtretung oder Faustpfandbestellung vornahm. Auch in diesen Bestimmungen, welche besonders für den Fall wichtig sind, wenn der ursprüngliche Gläubiger nach der Abtretung die Forderung noch einmal an einen Zweiten abtritt oder verpfändet (oder nach der Faustpfandbestellung an einen Anderen abtritt), scheint mir unsre Pfandgesetzgebung zu weit zu gehen, das System der Einträge in die öffentlichen Bücher auf eine ungeeignete Weise auszudehnen und ohne Grund das bestehende Recht zu ändern.

Nach gemeinem und nach unsrem particulären Rechte, das hierin vom gemeinen nicht abweicht, gelten in den angegebenen Beziehungen folgende Grundsätze als Regel bei Abtretungen einer Forderung überhaupt:

Durch die Abtretung einer Forderung wird an und für sich das obligatorische Verhältniß des bisherigen Gläubigers zu seinem Schuldner nicht aufgehoben. Der Schuldner kann daher seinem alten Gläubiger immer noch gültig die Schuld bezahlen und dadurch seine ganze Verbindlichkeit tilgen, so daß dann der Cessionar nichts von ihm fordern kann; ebenso kann er durch Nachlaßvertrag Vergleich u. s. w. mit dem alten Gläubiger sich von seiner Schuld ganz befreien[96] (natürlich ist in einem solchen Falle der Gläubiger für Handlungen dieser Art, die er nach der Abtretung gegen das Interesse des Cessionars vornimmt, Diesem persönlich zum Ersatze verpflichtet). Ein festes Rechtsverhältniß zwischen Cessionar und Schuldner, so daß Dieser nun ganz an den Cessionar gewiesen ist, sich nicht mehr durch Vereinbarung mit dem alten Gläubiger oder durch Zahlung an Denselben befreien kann, überhaupt der alte Gläubiger sein Verfügungsrecht über die Schuld verliehrt, wird erst dadurch begründet, daß der Cessionar die geschehene Abtretung dem Schuldner ankündigt. Nur ist hierbei nicht unzweifelhaft und daher auch sehr bestritten, ob dieser Ankündigung von Seiten des Cessionars auch eine Benachrichtigung des Schuldners von Seiten des abtretenden Gläubigers gleichsteht, und noch mehr, ob es ihr in den Wirkungen gleichkommt, wenn der Schuldner auf irgend eine andere Weise glaubhafte Kenntniß von der Cession erhalten hat. Streng genommen ist wohl die Frage nach Röm. Rechte in der Regel zu verneinen; allein die gemeine Praxis soll nach dem Zeugnisse vieler Schriftsteller die Frage bejahen[97], und daß auch unsre Pfandgesetzgebung von der Bejahung der Frage ausgeht, somit annimmt, daß nach Württ. Rechte überhaupt die Frage zu bejahen sey, beweist sich wohl unzweifelhaft durch den Art. 85 des Pfandges., indem dieser eine Handlung der angegebenen Art, welche der Schuldner nach irgend erhaltener glaubhafter Kunde von der Cession vornimmt, eine betrügliche nennt, die dem Ces-

96) Vrgl. Mühlenbruch Lehre von der Cession der Forderungsrechte 3te Aufl. §. 48 S. 501 f.

97) Ueber diese Controverse des gemeinen Rechts s. Mühlenbruch a. a. O. §. 47 S. 492 f. und Göschen Vorlesungen Bd. II §. 380; auch Bolley Bd. I S. 381 Note 3.

sionar nicht solle schaden können. Durch eine solche Benachrichtigung nun oder, was ihr gleich steht, dadurch daß der Schuldner sichere Kenntniß von der geschehenen Cession erhält, wird der Schuldner ausschließlich an den Cessionar gewiesen und dem alten Gläubiger die Möglichkeit einer weiteren gültigen Verfügung über die Schuld benommen; ein Nachlaßvertrag daher oder ein Vergleich, den nach diesem Zeitpunkte der Schuldner mit dem ursprünglichen Gläubiger schließt, ist unwirksam, und zahlt der Schuldner nach jenem Zeitpunkte dem ursprünglichen Gläubiger die Schuld: so gilt die Schuld gegenüber vom Cessionar nicht als getilgt und Dieser kann noch einmal Zahlung von dem Schuldner verlangen.

Jene Benachrichtigung und was ihr gleichsteht ist auch das Mittel, eine zweite Abtretung der Forderung (oder die Bestellung eines Faustpfandes an derselben), die der ursprüngliche Gläubiger nach geschehener erster Abtretung vornehmen möchte, unschädlich zu machen. Wenn nämlich der Gläubiger seine Forderung, nachdem er sie an den Einen abgetreten hat, dennoch unredlicherweise an einen Zweiten abtritt: so kann dieser Letztere sich als Gläubiger gegen den Schuldner auf eine gültige Weise benehmen z. B. den Betrag der Forderung von dem Schuldner erheben oder dem Schuldner die Schuld gültig nachlassen, so lange der Schuldner von der ersten Abtretung nicht in Kenntniß gesetzt ist. Wird aber der Schuldner von der ersten Abtretung in Kenntniß gesetzt: so tritt nun gegenüber vom zweiten Cessionar Das ein, was oben gegenüber vom ursprünglichen Gläubiger bemerkt wurde, d. h. der zweite Cessionar kann sich nun nicht mehr gegen den Schuldner als Gläubiger gültig geriren und nur Das, was er vor diesem Zeitpunkte gethan hatte, bleibt gültig; er kann also nach diesem Zeitpunkte nicht mehr durch Zahlungsannahme durch Nachlaßvertrag u. dergl. den Schuldner von der Schuld befreien, und es wird der erste Cessionar dadurch, daß er Sorge trägt, den Schuldner von der Cession in Kenntniß zu setzen, gegen unredliche weitere Abtretungen (oder Verpfändungen) von Seiten des ursprünglichen Gläubigers geschützt [98].

98) Vrgl. auch Mühlenbruch a. a. O. §. 48 und §. 51 S. 519 f. Zeigt

Diese Grundsätze nun werden durch unsre Pfandgesetzgebung in Beziehung auf solche Forderungen, welche durch Unterpfänder versichert sind, sehr modificirt. Der Art. 85 des Pfandges. bestimmt nämlich Folgendes:

„Versäumen Cessionarien oder Faustpfandgläubiger die Ein„tragung ihres Rechts im Unterpfandbuche zu bewirken; so müssen „sie die auch nach der Erwerbung dieses Rechts von dem ursprüng„lichen Gläubiger hinsichtlich der Hauptforderung oder der Un„terpfänder getroffenen Verfügungen, vorbehältlich der Entschä„digungsansprüche an denselben, gegen sich anerkennen; es wäre „dann, daß dem Schuldner oder dem betheiligten Dritten etwas „Betrügliches dabei zur Last fiele."

„Namentlich kann eine dem ursprünglichen Gläubiger in gu„tem Glauben geleistete Zahlung von jenen nicht angefochten „werden."

Hieraus ergibt sich für den Fall der Abtretung (oder Verpfändung) einer durch Unterpfänder versicherten Forderung

1. was das Verhältniß des Cessionars (oder Faustpfandgläubigers) zum Schuldner betrifft:

1. Wenn der Schuldner von der geschehenen Abtretung (oder Verpfändung) sichere und vollständige Kenntniß erhalten hat: so wird durch die Pfandgesetzgebung am bisherigen Rechte nichts geändert; der Schuldner kann von diesem Augenblick an nicht mehr an den alten Gläubiger gültig zahlen, mit ihm nicht mehr gültige Vergleiche oder Nachlaßverträge schließen u. s. w. (Art. 85 verb.: es wäre dann ꝛc.) [99].

2. Durch den Eintrag der Abtretung (oder Verpfändung) der Forderung ins Unterpfandsbuch aber wird die Benachrichti-

---

der zweite Cessionar die an ihn geschehene Abtretung dem Schuldner an: so wird dadurch die Wirkung der nachher erfolgenden Benachrichtigung des Schuldners von der ersten Cession nicht geschwächt; sobald der Schuldner von der ersten Cession benachrichtigt wird, geht von da an die erste Cession der zweiten vor, soweit noch res integra ist, also soweit zur Zeit dieser Benachrichtigung an den zweiten Cessionar nicht gezahlt ist oder er mit dem Schuldner keine Nachlaßverträge Vergleiche ꝛc. geschlossen hat. Mühlenbruch a. a. O. §. 48. S. 502.

99) Vrgl. Bolley Bd. I S. 280, 281 Nr. 1—3.

gung des Schuldners von der geschehenen Abtretung (oder Verpfändung) oder seine sonstige Bekanntschaft mit derselben ersetzt, d. h. wenn ein solcher Eintrag gemacht ist: so treten von der Zeit des Eintrags an diejenigen oben angeführten Wirkungen ein, welche die Benachrichtigung des Schuldners von der geschehenen Abtretung hat; er kann z. B. von da an nicht mehr gültig dem alten Gläubiger zahlen, nicht mehr gültig Nachlässe mit dem alten Gläubiger schließen u. s. w. [100]. Dieß folgt schon aus dem ersten Absatze des angef. Art. 85, namentlich aber aus dem zweiten [101]. Denn dieser sagt, daß eine dem ursprünglichen Gläubiger in gutem Glauben geleistete Zahlung „von jenen" nicht angefochten werden könne; diese „Jene" sind aber nach dem Artikel nur solche Cessionarien oder Faustpfandgläubiger, welche die Eintragung ihres Rechts im Unterpfandsbuche zu bewirken versäumten; somit kann eine dem ursprünglichen Gläubiger in gutem Glauben geleistete Zahlung von solchen Cessionarien oder Faustpfandgläubigern allerdings angefochten werden, welche diese Eintragung zu bewirken nicht versäumten. Diese Bestimmung ist freilich für den Schuldner mißlich [102], wie sie überhaupt eine ganz unnöthige und nicht zu billigende Aenderung des bestandenen Rechts in Beziehung auf Forderungen, die durch Unterpfänder versichert sind, enthält. Eine Milderung derselben liegt aber in der reglementären Vorschrift, daß die Pfandbehörde dem Schuldner vom geschehenen Eintrage Nachricht zu geben hat (Pfandgef. Art. 202, Hauptinstruct. §. 219); unterläßt sie dieß: so ist dann wenigstens sie dem Schuldner für den ihm daraus sich ergebenden Schaden verantwortlich.

---

100) Anderer Meinung scheint Bolley Bd. I S. 281 Nr. IV zu seyn, wenn nicht seine Worte S. 280 unter Nr. III: „außer dem Falle des Eintrags" auch auf Nr IV zu beziehen seyn sollten.

101) Freilich folgt dieß nur durch ein argumentum a contrario aus dem Gesetze, was aber hier ganz unzweifelhaft ist. Nur ist es nicht gut, wenn ein Gesetz solche wichtige Grundsätze blos indirect ausspricht und nicht die Wirkung des Eintrags direct ausdrückt.

102) Der Schuldner wird also gut daran thun, stets vor einer Zahlung sich zu vergewissern, ob nicht eine Cession seiner Schuld im Unterpfandsbuche eingetragen ist, wenn er sicher seyn will, an den alten Gläubiger gültig zu zahlen.

war, die angegebene Wirkung nur dann ein, wenn er die Forderung durch läſtigen Titel erwarb; erwarb er ſie z. B. durch eine Schenkung: ſo tritt die Beſtimmung des Art. 85 nicht ein und es bleibt dann beim bisherigen Rechte.

Noch ein drittes Erforderniß ſcheint Mayer Bd. II S. 139 zu verlangen, nämlich daß die zweite Ceſſion in das Unterpfandsbuch eingetragen ſeyn müſſe. Allein von einem ſolchen Erforderniſſe finde ich weder im Art. 72 noch im Art. 85 Etwas geſagt.

2. Hat aber der erſte Ceſſionar die Eintragung ſeines Rechts im Unterpfandsbuche bewirkt: ſo iſt er unbedingt geſchützt gegen alle Verfügungen, welche ſpäter nach jenem Eintrage der urſprüngliche Gläubiger hinſichtlich der Hauptforderung oder der für ſie beſtellten Unterpfänder etwa vornimmt; er iſt alſo nun auch unbedingt gegen eine zweite Ceſſion von Seiten des urſprünglichen Gläubigers geſchützt; eine ſolche iſt gegenüber von ihm ganz unwirkſam, mag der Schuldner von der erſten Ceſſion oder Verpfändung in Kenntniß geſetzt worden ſeyn oder nicht. Dieß ergibt ſich vermöge eines unzweifelhaften argumentum a contrario ſowohl aus dem Art. 72, als aus dem Art. 85 des Pfandgeſ. (vrgl. Note 101, 102). Er iſt auf dieſe Weiſe ſelbſt dann geſchützt, wenn der zweite Ceſſionar in gutem Glauben und unter läſtigem Titel die Forderung erwarb. Denn der gute Glaube und läſtige Titel, mit welchem der zweite Ceſſionar die Forderung erwarb, hat die unter 1 angeführte Wirkung nur dann, wenn das Recht des erſten Ceſſionars nicht eingetragen war. Dieß folgt ſchon aus dem Art. 85, ganz beſtimmt aber aus dem Art. 72, indem derſelbe einen Ceſſionar, der mit läſtigem Titel und in gutem Glauben die Forderung erwirbt, nur ſchützt gegen die „nicht eingetragenen Anſprüche und Einwendungen „Dritter, welche der Vorgänger" (d. h. hier der urſprüngliche Gläubiger) „in Folge ſeiner eigenen Handlungen gegen ſich an„erkennen müßte," alſo ihn nicht ſchützt gegen ſolche Anſprüche, ſobald ſie eingetragen waren.

Was hiernach (Nr. 1 und 2) vom Verhältniſſe eines zweiten Ceſſionars gilt, ſoll nach dem Pfandgeſetze Art. 85, 72 auch vom Verhältniſſe Deſſen gelten, welchem der urſprüngliche Gläubiger eine durch Unterpfänder verſicherte Forderung, die er

bereits an einen Anderen abgetreten hatte, zum Faustpfand gibt. Hieraus folgt namentlich: wenn ein Gläubiger seine durch Unterpfänder versicherte Forderung an einen Anderen abtritt, aber dennoch nachher dieselbe einem Dritten, der von jener Abtretung nichts weiß, unter lästigem Titel z. B. gegen ein Darlehen oder die weitere Anborgung einer verfallenen Schuld (Note 80) zum Faustpfande bestellt: so kann der Cessionar gegen einen solchen Faustpfandgläubiger sein Recht nur dann geltend machen, wenn die Cession vor der Verpfändung ins Unterpfandsbuch eingetragen war (Nr. 2), also es nicht geltend machen, wenn er es unterlassen hatte, vor der Verpfändung jenen Eintrag zu bewirken (Nr. 1). Allein wie ist mit dieser Bestimmung des Pfandgesetzes die S. 259 Note 80 angeführte Stelle des Art. 53 des Pfandentwicklungsgesetzes von 1828 zu vereinigen? Denn nach dieser freilich auffallenden und überhaupt nicht zu rechtfertigenden Stelle kann ein Cessionar sein Recht in Beziehung auf die Forderung gegen ein Faustpfand, welches der alte Gläubiger später an der Forderung bestellte, überhaupt schon dann nicht geltend machen, wenn der Faustpfandgläubiger sein Pfand in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel erworben hatte. Von einer weiteren Voraussetzung, der Unterlassung des Eintrags des Rechts des Cessionars in das Pfandbuch, davon also, daß der Cessionar sein Recht gegen einen solchen Faustpfandgläubiger geltend machen könne, wenn es im Pfandbuche eingetragen war, sagt der Art. 53 nichts, so daß also hiernach auch bei durch Unterpfänder versicherten Forderungen Derjenige, welcher die Forderung vom ursprünglichen Gläubiger nach geschehener Abtretung in gutem Glauben und unter lästigem Titel zum Faustpfand erhielt, gegen den Cessionar selbst dann geschützt würde, wenn dieser sein Recht in das Pfandbuch hätte eintragen lassen, während nach Art. 72 des Pfandgesetzes ein solcher Faustpfandgläubiger auch gegen den früheren Cessionar nicht geschützt wird, wenn das Recht des Letzteren vor der Faustpfandbestellung in das Unterpfandbuch eingetragen wurde. Hat man bei jenem Art. 53 den Art. 72 des Pfandges. übersehen? Oder wollte man ihn abändern? Letzteres ist nicht anzunehmen, vielmehr hier der Grundsatz anzuwenden, daß Besonderheiten des frühe-

ren Rechts durch ein späteres allgemeines Gesetz im Zweifel nicht als aufgehoben gelten (mein Handbuch Bd. II. S. 28). Es muß daher das neue allgemeine Gesetz, der Art. 53 des Pfandentwicklungsgesetzes, welcher überhaupt von verpfändeten Forderungen jeder Art spricht, für den speciellen Fall restringirt werden, von welchem die Artt. 72 und 85 des Pfandgesetzes sprechen, d. h. für den Fall, wenn die zu Faustpfand gegebene Forderung eine durch Unterpfänder versicherte ist. Wir erhalten dann hierdurch das Resultat: Wenn Jemand eine Forderung irgend einer Art, welche auf seinen Namen lautet (Pfandentwicklungsges. Art. 53 a. E.), einem Anderen zu Faustpfand bestellt zu einer Zeit, in welcher schon ein Dritter ein Recht auf die Forderung erworben hatte, namentlich sie schon ganz bindend an einen Dritten abgetreten war: so kann der Dritte sein Recht gegen den Faustpfandgläubiger nicht geltend machen, wenn dieser Letztere das Faustpfand in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel erworben hatte (der angef. Art. 53); ist jedoch die verpfändete Forderung eine durch Unterpfänder versicherte: so gilt dieser Grundsatz nur dann, wenn das Recht des Dritten zur Zeit der Faustpfandbestellung nicht im Unterpfandsbuche eingetragen oder vorgemerkt war; war es eingetragen oder vorgemerkt: so ist das Recht des Dritten stärker, als das des Faustpfandgläubigers (Art. 72, 85 des Pfandges.).

Erörterungen

aus dem

Römischen, Deutschen

und

Württembergischen

Privatrechte.

Von

Dr. Carl Georg Wächter

Kanzler der Universität Tübingen ꝛc.

Zweites Heft.

Stuttgart.

Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung.

1846.

Inhalt

des zweiten Heftes.

Zur Lehre von den Klagen.

Einleitung . . . . . S. 1, 2.

Achte Erörterung. Ueber die durch die Verschiedenheit der Prozeßart bedingte Verschiedenheit der Klagen nach Röm. Recht (**actiones ordinariae, extraordinariae, interdicta**) und ihre heutige Bedeutung. . . . S. 3—13.

Neunte Erörterung. Das allgemeine Verhältniß der richterlichen Verurtheilung und der Execution zum Inhalt des eingeklagten Rechts nach Römischem und heutigem Recht (actiones arbitrariae etc.). . S. 14—33.

Zehnte Erörterung. Die Römischen Klagformeln und die damit zusammenhängenden Verschiedenheiten der Klagen (formulae in jus und in factum conceptae, actiones in factum, utiles, praescriptis verbis etc.) und ihre heutige Bedeutung. . . . . S. 34—42.

Eilfte Erörterung. Einfluß der Verschiedenheit der Klagen auf die Freiheit der richterlichen Behandlung und Beurtheilung; actiones stricti juris (condictiones) und bonae fidei. . . . . S. 43—125.

I. Natur der stricti juris und bonae fidei actiones; die einzelnen praktischen Folgen des Unterschieds. S. 43—61.

II. Einfluß der Bestimmtheit der Leistung auf diese Verschiedenheit der Klagen. S. 61—77.

III. Die einzelnen Fälle beider Klaggattungen. Prinzip S. 77. Die einzelnen Fälle S. 81—103.

IV. Zusammentreffen einer stricti juris und einer b. f. actio. S. 103—105.

V. Die freien Klagen, welche nicht bonae fidei actiones sind. S. 106—108.

VI. Theilweise Ausgleichung des Unterschieds zwischen stricti jur. und bon. fid. actiones im späteren Römischen Recht. S. 108—111.

VII. Heutiges Recht. S. 112—125.

Nachtrag zur siebenten Erörterung.

Ueber das Verhältniß der Markungs- und Steuergrenzen bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich bei Verpfändungen und Führung der Güterbücher (nach Württ. Recht). . . S. 126—140.

Zur Lehre von den Klagen.

Von Dem, was im älteren Römischen Recht und namentlich zu den Zeiten der in Justinians Pandecten excerpirten Schriftsteller über die Verschiedenheit der Klagen nach ihrer prozessualischen Behandlung ihren Formeln und der Freiheit der richterlichen Beurtheilung galt, weicht das spätere Römische Recht und von Diesem wieder in Manchem das gemeine Deutsche und das Württembergische Particularrecht ganz wesentlich ab. Faßt man hierbei auch blos das unmittelbar praktische Bedürfniß ins Auge: so kann es für denjenigen Juristen, welchem das Römische Recht in seinen meisten Beziehungen noch ein praktisches Recht ist, (und dieß sind ja die Angehörigen so mancher Deutschen Staaten) nicht genügen, hierin blos mit Dem sich bekannt zu machen, was etwa noch unmittelbare Geltung hat. Es ist für sie ganz unumgänglich nothwendig, in jenen Beziehungen die Eigenthümlichkeiten des älteren und späteren Römischen Rechts zu kennen und sie den Eigenthümlichkeiten unsres heutigen Rechts genau gegenüberzustellen, theils um beim Inhalt der bei uns geltenden Römischen Rechtsquellen mit Sicherheit das Unpraktische vom Praktischen unterscheiden zu können und nicht manchen Stellen, die nur noch eine blos historische Bedeutung haben, irrthümlich auch im geltenden Recht unmittelbare Bedeutung zu geben, theils um manche Kunstausdrücke, welche auch noch in unsren Zeiten sowohl von Schriftstellern über gemeines als über particuläres Recht sehr oft gebraucht werden, gehörig zu verstehen und ihre Beziehung nicht irrig aufzufassen. Ist daher das hier Auszuführende scheinbar größtentheils historischer Natur, so folgt doch aus

dem Gesagten seine große Wichtigkeit für die Theorie des geltenden Rechts. Dabei dürfte es namentlich für unsre Praktiker nicht ohne Interesse seyn, hier eine Auseinandersetzung dieser Lehren vom jetzigen Standpunkte der Wissenschaft aus zu erhalten, bei welcher gerade Das, was für sie von Interesse seyn kann und ihr besonderes Bedürfniß möglichst im Auge gehalten ist.

Es kommen hier vier Hauptbeziehungen in Betracht [1]:

1. die durch die Verschiedenheit der Prozeßart bedingte Verschiedenheit der Klagen überhaupt;

2. das allgemeine Verhältniß der richterlichen Verurtheilung und Execution zum Inhalte des eingeklagten Rechts;

3. die Klagformeln und die damit zusammenhängende allgemeine Verschiedenheit der Klagen;

4. der Einfluß der Verschiedenheit der Klagen auf die Freiheit der richterlichen Behandlung und Beurtheilung.

---

1) Zu vergl. sind hier besonders: Keller Ueber Litis Contestatio und Urtheil nach class. Röm. Recht Zürich 1827 Zimmern Gesch. d. Röm. Privatr. B. III. 1829 Bethmann-Hollweg Handbuch d. Civilproz. Bd. I. 1834 (auch unter dem Titel: Gerichtsverfassung und Proz. d. sinkenden Röm. Reichs) v. Savigny System. d. heut. R. R. Bd. V. Puchta Institut. Bd. II. §. 150—188.

Achte Erörterung.

Ueber die durch die Verschiedenheit der Prozeßart bedingte Verschiedenheit der Klagen nach Römischem Recht und ihre heutige Bedeutung (actiones ordinariae, extraordinariae, interdicta).

Zur Zeit des classischen Römischen Rechts, also in den Zeiten, in welchen die Juristen lebten, deren Werke in den Pandecten Justinians ausgezogen sind [2], war der Prozeß, in welchem regelmäßig die Klagen verhandelt wurden, in ein gedoppeltes Verfahren getrennt, in das Verfahren vor dem Magistratus (Verfahren in jure) und in das Verfahren vor einem Juder (Verfahren in judicio). Ersteres hatte den Zweck, den Prozeß einzuleiten und festzustellen, Letzteres, ihn im Einzelnen zu verhandeln und zur Entscheidung zu bringen. Die erste Einleitung des Prozesses geschah nämlich dadurch, daß der Kläger geradezu den Beklagten vor den Magistrat, d. h. die obrigkeitliche Person, welche Gerichtsbarkeit hatte (in Rom in jenen Zeiten noch regelmäßig die Prätoren und für einzelne Fälle die

2) Ueber die legis actiones der früheren Zeit, von denen aber ein Fragment auch noch in den mittleren Zeiten sich erhielt, s. Zimmern a. a. O. § 32 f. Puchta a. a. O. § 161. Gust. Asverus Die Denunciation der Römer und ihr geschichtl. Zusammenh. mit d. ersten prozeßeinleit. Decrete Lpz. 1843 S. 44 f. 131 f. 149 f.

Aedilen) berief (in jus vocatio) [3], und dann hier unter Angabe des Rechts, das er zu verfolgen beabsichtigte, seine Klage bezeichnete (actionis editio) und nun ein Termin zu der ersten Verhandlung der Sache von dem Magistrat festgesetzt wurde; — oder auf eine einfachere Weise (Anfangs blos bei einzelnen Klagen, später von M. Aurelius an allgemeiner), wodurch das vorläufige Erscheinen vor Gericht zum Zwecke der actionis editio unnöthig wurde, daß der Kläger dem Beklagten den Prozeß vor Zeugen feierlich ankündigte (denunciatio) und ihn dabei von der beabsichtigten Klage im Allgemeinen in Kenntniß setzte, worauf dann innerhalb einer gesetzlich bestimmten Frist die Parthieen vor dem Magistrat erscheinen mußten [4]. Dieser hörte nun die Parthieen, um zunächst die Statthaftigkeit der Klage überhaupt zu ermessen. Fand er dieselbe an sich zulässig, und gestand der Beklagte die Ansprüche des Klägers nicht durchaus zu [5], oder bestritt derselbe nicht blos den Rechtspunkt [5a]: so

3) Folgte der Beklagte nicht: so konnte der Kläger Gewalt brauchen. Später gab der Prätor dem Kläger in diesem Falle eine Pönalklage (D. II., 5 si quis in jus vocatus. Gajus Instit. IV, 46). Auch konnte der Beklagte dem sofortigen Folgen sich entziehen, wenn er Bürgen stellte (vadimonium), daß er in einer bestimmten Zeit sich vor Gericht einfinden werde. Bethmann-Hollweg Prozeß § 21.

4) Hollweg a. a. O. S. 247 f. Mühlenbruch Lehre v. d. Cession 3. Ausg. S. 77—85 und besonders nun Asverus a. a. O. namentlich S. 137 f. 145 f. 242 f., welcher auch über den historischen Zusammenhang zu vergl. ist.

5) Denn wenn er die Ansprüche des Klägers vor dem Magistratus in gehörig bestimmter Weise (vergl. XI. Erört. Not. 51 a. E.) durchaus zugab: so galt er für verurtheilt und es kam nicht zu einem weiteren Prozeß, sondern sofort zur Execution; war nach dem Geständnisse noch der zu leistende Werth des Streitgegenstandes zu bestimmen: so wurde zwar ein Judex bestellt, aber nur hierzu, also nicht rei judicandae, sondern rei aestimandae causa. D. XLII, 2 de confess. *l.* 3 *l.* 6 § 2 IX. 2 ad *l.* Aquil. *l.* 25 § 2 XLII, 1 de re jud. *l.* 56. —

5a) Denn wenn der Beklagte sämmtliche Thatsachen, auf welche der Kläger sein Recht gründete, vor dem Prätor ohne Weiteres einräumte und blos die juristischen Consequenzen aus denselben in Abrede zog, somit es blos auf die Entscheidung der Rechtsfrage ankam: so entschied wohl sofort der Magistratus selbst (Savigny Recht d. Besitzes 6. Ausg. S. 447, auch Puchta Institut. II. § 173), ebenso wenn der Beklagte ausreichende Exceptionen gegen die Klage vorbrachte und diese vom Kläger nicht bestritten wurden (vgl. D. XII, 2 de jurejur. *l.* 9 pr.).

ſtellte der Magiſtrat nach den Anträgen des Klägers und der Erklärung des Beklagten auf dieſelben den Streitpunkt feſt und ließ die Sache mit einer Inſtruction (formula), welche unter den vom Prätor aufgeſtellten Klagformeln der Kläger zu bezeichnen und nachzuſuchen hatte (postulatio actionis), an eine unter Zuthun der Parthieen als Judex zu beſtellende Privatperſon durch die Parthieen zur weiteren Verhandlung und Entſcheidung bringen. Dieſe Verhandlung vor dem Magiſtrat war das Verfahren in jure, und ihre Vollendung, wodurch der Streitpunkt feſtgeſtellt, die Inſtruction für den Judex gegeben und dieſer ernannt, alſo das judicium, d. h. das Verfahren vor dem Judex eingeleitet, die Sache in der feſtgeſtellten Weiſe der richterlichen Entſcheidung unterworfen und nun der eigentliche weiter durchzuführende Streit begründet wurde, hieß Litis Conteſtatio [6]. Mit dieſer Litis Conteſtation war nun lis inchoata, pendens [7] oder judicium acceptum, ordinatum, constitutum [8], res in judicium deducta [9].

---

6) Dieſer Name ſchreibt ſich wohl von einem feierlichen mit Zeugenaufruf verbundenen Acte her, mit dem das Verfahren ſich ſchloß. Nach der Anſicht Mancher ſoll er ſich auf einen förmlichen Vertrag beziehen, durch den die Parthieen ihre Anſprüche von dem Erfolge des Prozeſſes lediglich abhängig zu machen ſich gegenſeitig verpflichteten. Ueber die verſchiedenen Anſichten in Beziehung auf die altröm. Litisconteſtation ſind namentlich zu vergl. Zimmern a. a. O. § 109 Keller a. a. O. § 1—6 M. S. Mayer d. Litis Conteſtatio 1830 Hollweg Prozeß S. 260 f. Puchta Inſtitut. II § 172 und Asverus a. a. O. S. 32 f. 44 f. 99 f. Jedenfalls iſt die Anſicht Derjenigen unrichtig, welche die Litisconteſtation für den Anfangspunkt des Verfahrens vor dem Judex halten. Dieß war ſie auch nicht, wie z. B. noch Bayer Vorträge üb. d. gemeinen ordentl. Civilproz. 7. Aufl. Münch. 1842 S. 327 glaubt, in der ſpäteren Zeit des Röm. Formularprozeſſes. Denn die qst. un. C. III, 9 d. lit. cont. iſt ganz entſchieden interpolirt (vrgl. Keller a. a. O. S. 58 f. Bethmann-Hollweg in d. Tüb. crit. Zeitſchr. f. Rechtswiſſ. Bd. V S. 70 f. und unten bei Not. 21). Litem contestari wird im Röm. Rechte gewöhnlich von dem Kläger, der den ganzen Act hervorruft, gebraucht; der Beklagte actionem, judicium accipit. Doch wird auch vom Beklagten geſagt litem contestatur z. B. D. IV, 8 de recept. l. 32 § 9.

7) Vrgl. Francke im Arch. f. civil. Prax. Bd. XVI S. 438 f.

8) Z. B. D. XXI, 1 d. aedil. ed. l. 25 § 8. XII, 6 d. R. C. l. 31 pr.

9) Z. B. l. 25 § 8 cit.

Vor dem Juder [10] kam es nun zur eigentlichen Verhandlung des Streites, wie er in jure festgestellt war; die Parthieen wurden ausführlich gehört, das Beweisverfahren so weit nöthig eingeleitet und vollzogen u. s. w. und dann vom Juder das Urtheil in Gemäßheit der geführten Beweise und der erhaltenen Instruction gefällt. Die Execution des Urtheils aber hatte nicht der Juder, sondern der Magistrat zu besorgen.

Dieses Verfahren, nach welchem der Prozeß durch eine Verhandlung vor dem Magistrat eingeleitet und fixirt, dann von diesem ein Juder bestellt und mit der Formula instruirt und von dem Juder die Sache weiter verhandelt und entschieden wurde, hieß, weil es die Regel bildete, judicium ordinarium, ordo judiciorum privatorum (wir nennen es wegen der dabei ertheilten Formulä gewöhnlich Formularprozeß), und Klagen, welche in diesem Verfahren entschieden wurden, hießen actiones ordinariae.

Neben diesem ordentlichen und regelmäßigen Verfahren aber bildete sich allmählig auch ein ausnahmsweise stattfindendes. In manchen Streitfällen fand der Magistratus es angemessen, keinen Juder zu bestellen, sondern die Sache selbst vor sich ganz verhandeln zu lassen und das Urtheil unmittelbar selbst zu fällen. Da hier der Magistratus die ganze Verhandlung und Entscheidung des Prozesses selbst vornahm (praetor ipse cognoscit und

---

10) Juder war der allgemeine Name für den Privatrichter; im engeren Sinne wurde er dem Arbiter entgegengesetzt, indem bei den freien Klagen (arbitria; XI. Erört. bei Not. 103) der Juder auch Arbiter genannt wurde, dagegen der Privatrichter bei dem stricti juris actiones Juder im engeren Sinne hieß. Hierüber und über die recuperatores vrgl. Savigny V. 102 f. Puchta Institut. II § 154. Die Richtigkeit der Vermuthung Savignys (S. 102 f. 469 f. 643 f.), daß blos der Juder im e. S. aus dem album judicum genommen, der arbiter aber von den Parthieen ganz frei gewählt worden sey, möchte sehr zu bezweifeln seyn. Vrgl. Puchta II S. 40 f. — Ueber den Ausdruck pedaneus judex, der in der späteren Zeit des classischen Röm Rechts wohl für die judices, in der späteren Kaiserzeit nach Aufhebung des judiciorum ordo blos für gewisse delegirte Richter gebraucht wurde, an welche der ordentliche Richter die Sache wegen Ueberhäufung mit Geschäften oder wegen Geringfügigkeit der Sache abgeben konnte, s. Bethmann-Hollweg Prozeß S. 135 f. 144 f.

jus dicit, non judicem dat) und ein solches Verfahren die Ausnahme bildete, ein außerordentliches war (praetor extraordinem jus dicit): so hieß es extraordinaria cognitio, extraordinarium judicium [11], und die Klagen, die in einem solchen außerordentlichen Verfahren verhandelt wurden, hießen persecutiones im engeren Sinne, extraordinariae actiones [12]. Die Fälle, welche auf diese Weise verhandelt wurden, waren großentheils von juristisch minder bestimmter dem eingreifenden Imperium des Magistratus besonders Raum gebender Natur und betrafen Verhältnisse, die man nicht leicht dem Juder überlassen mochte, wie Streitsachen über Honoratien der Advocaten Lehrer und Aerzte, Alimente, Fideicommisse. Bei denselben fielen die formulae actionum weg, weil hier nicht an einen Juder eine Instruction zu geben war, und mit ihnen also auch Alles, was auf diese formulas sich bezog.

Gleichsam in der Mitte zwischen diesem ordentlichen und außerordentlichen Verfahren standen die Interdicte [13]. In gewissen Fällen nämlich, namentlich bei gewissen eigenmächtigen Eingriffen in fremde factische Zustände und bei gewissen unbefugten Verhinderungen von Rechtsausübungen, schritt der Magistratus nach Anhörung der Parthieen sofort unmittelbar mit einem Befehle (interdictum) auf Ablassung von der Störung, beziehungsweise auf Restitution und Exhibition ein [14]. Dieser Befehl war zunächst ein Versuch, die Sache schnell ins Reine zu bringen; im Uebrigen aber mehr nur eine Form und eine Grundlage für ein später einzuleitendes Judicium. Wenn der Beklagte

---

11) D. L, 13 de extraord. cognitt. T. T.

12) D. L, 16 de V. S. *l.* 178 § 2 Dirksen Manuale voc. persecutio

13) Bekanntlich herrschten früher in dieser Beziehung über die Interdicte entschiedene Irrthümer, namentlich indem man sie gewöhnlich zu den cognitiones extraordinariae zählte. Eben so irrig war es, wenn man häufig (wie noch Thibaut auch in der späteren Zeit) annahm, die Interdicte seyen stets Klagen gewesen, welche in einem summarischen Prozesse verhandelt wurden. Jeden Zweifel über die Natur der Interdicte heben die unten angegebenen Stellen aus Gajus. Besonders zu vrgl. sind über die Interdicte Savigny Recht d. Besitzes 6. Ausg. S. 445 f. Bethmann-Hollweg Proz. § 37.

14) Gajus J. IV, 139—141; vrgl. auch J. IV, 15 de interdict. § 1.

keine Einwendungen machte und sich fügte: so war die Sache damit beendigt und insofern, aber nur insofern, lag etwas Summarisches im Interdictsverfahren.

Fügte sich aber der Beklagte dem Befehle nicht oder läugnete er das Factum oder brachte er Einreden vor: so ging nun die Sache in den Gang des ordentlichen Prozesses (des judicium ordinarium) über, welcher aber hier für den Beklagten, wenn er Unrecht hatte, nach Umständen (im älteren Römischen Rechte) mit besonderen Gefahren und Nachtheilen verbunden war [15]. Der Magistrat bestellte nun einen Juder, instruirte diesen durch eine formula in factum concepta (X. Erört.) und die Sache wurde ganz nach den Grundsätzen der judicia ordinaria verhandelt [16].

Die hier ausgeführte Verschiedenheit der Klagen nach der Verschiedenheit des Prozesses, den sie nach sich zogen, war aber schon zu Justinians Zeiten im praktischen Rechte ganz verschwunden. Das außerordentliche Verfahren wurde mehr und mehr auf weitere Fälle ausgedehnt und endlich verlohren sich die angeführten Unterschiede im Verfahren ganz [17], da die Einrichtung der Bestellung eines Juder für die spätere Zeit immer weniger nothwendig und passend wurde; die Ausnahme wurde nicht nur zur Regel, sondern zur alleinigen Form; alle judicia waren nun extraordinaria d. h. das Verfahren, das früher die Ausnahme bildete, war nun das einzige [18]. Der Magistratus [19]

---

15) Ueber diesen Punkt, von dem in Justinians Rechtsbücher nichts überging, s. Gajus IV, 162 f. Savigny a. a. O. S. 448 f. Hollweg a. a. O. S. 388 f.

16) Also durchaus nicht summarisch; s. besonders Savigny a. a. O. S. 451 Hollweg a. a. O. S. 396 f. Insofern gehörten die Interdicte lediglich zu den actiones ordinariae, wurden aber häufig wegen des besonderen Verfahrens bei ihrer Einleitung den actiones im engeren Sinne entgegengesetzt.

17) Wohl unter Kaiser Diocletian. Vrgl. auch C. III, 3 de pedan. judic. est. 2. v. Savigny Gesch. d. Röm. Rechts im Mittelalter I § 26. Ausg. 2 S. 102 Hollweg a. a. O. S. 32 f.

18) Daraus erklären sich J. II, 12 de succ. sublat. pr. IV, 15 de interd. § 8.

19) Wichtig war auch wie schon in der früheren Zeit die unmittelbare Gerichtsbarkeit des Kaisers. Darüber s. Hollweg S. 50 f. 98 f. 275 f.

— in dieser späteren Kaiserzeit in Rom nicht mehr der Prätor, außer für wenige minder bedeutende Sachen, sondern andere kaiserliche Beamte sehr verschiedener Art und Benennung [20] — ließ den ganzen Prozeß vor sich verhandeln und entschied ihn selbst. Er heißt nunmehr häufig Judex und das Verfahren vor ihm bildete nun das Judicium [21]. Zwar wurden noch einige Zeit lang bei den Sachen, welche früher im Formularprozesse verhandelt worden waren, die alten formulae beibehalten, jedoch nur um Anspruch und Streitpunkt festzustellen und sie zur Einleitung des Prozesses dem Beklagten mitzutheilen. Allein bald wurden auch diese Formeln ganz abgeschafft [22]. Das Verfahren war nun im Wesentlichen ein durchaus gleiches in allen Sachen, der Formularprozeß und was mit ihm zusammenhing, judicis datio, formulae datio u. s. w., die Unterschiede der Klagen, die sich hierauf bezogen, waren unpractisch geworden. Mit dem Untergange des judiciorum ordo fielen auch die Eigenthümlichkeiten weg, welche früher der Interdictsprozeß hatte [23], und an die Stelle der Interdicte traten eben gewöhnliche Klagen, nur daß man für sie die Benennung Interdicte [24] beibehielt und daß manche derselben nun in den späteren Kaiserzeiten in einem etwas summarischen Verfahren, jedoch ohne bestimmt ausgeprägte feste Form, verhandelt wurden [25].

---

20) Hollweg S. 55 f. 81 f.

21) Judicium bedeutet somit für diese Zeit etwas ganz Anderes, als für die Zeit des Formularprozesses. Deßhalb konnte auch Justinian in C. VII 40 de annal. except. cst. 3 a. E. vom Standpunkte seiner Zeit aus wohl sagen, daß schon durch die conventio d. h. die an den Beklagten unter Mittheilung der Klagschrift erfolgte gerichtliche Citation, res in judicium deducta sey. Dieß ist aber freilich etwas ganz Anderes, als res in judicium deducta nach dem Sprachgebrauche der Pandecten (Not. 9).

22) Unter Constantin's Söhnen und Theodosius II. C. II, 58 de formul. cst. 1 und 2.

23) Savigny Recht des Besitz. § 34 S. 450 Hollweg S 392 f.

24) Vgl. J. IV, 15 de interd. pr. § 8.

25) Namentlich aber erkannte der Richter bei den Interdicten nicht, wie Manche glauben, auf bloße Wahrscheinlichkeit, auf bloße sg. Bescheinigung hin. S. bes. Savigny Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. III S. 375 f. 381 f. Bd. V S. 4 f. Bd. VI S. 241 f., auch Hollweg S. 381 f. 394—398.

Auch die Formen der Einleitung des Prozesses änderten sich natürlich nach Aufhebung des judiciorum ordo. Von Constantin an bis gegen Justinians Zeiten war die Denunciation (S. 4) die allgemeine Art der Prozeßeinleitung. An ihrer früheren Form wurde aber geändert; sie bestand nun in einer protokollarisch vor einer Behörde, die das jus actorum conficiendorum hatte, gegebenen Erklärung des Klägers und wurde durch diese Behörde dem Beklagten zugefertigt, worauf beide Parthieen innerhalb einer gesetzlich bestimmten Frist von mehreren Monaten vor Gericht zur ersten Verhandlung erscheinen mußten [26]. Diese erste Verhandlung der Sache vor dem Magistratus mußte auch nun die Stelle des Prozeßabschnittes vertreten, der im Formularprozesse litis contestatio hieß, und man behielt für ihn auch stets den Namen lit. cont. bei, obgleich der Act seine alte Natur und seinen Zweck (das Verfahren vor einem vom Magistratus getrennten Judex einzuleiten) nicht mehr hatte.

Da aber die Form der Prozeßeinleitung durch Denunciation zu Weiterungen und Verschleppungen führte: so wurden solche Klagen, bei denen beschleunigte Verhandlung angemessen war, von ihr ausgenommen, und dieß bildete den Uebergang zu der Behandlung, welche unter Justinian bestand, zu dessen Zeit diese Denunciationen völlig außer Gebrauch gekommen waren [27].

Der Prozeß wurde nämlich zu Justinians Zeiten eingeleitet durch eine vom Kläger beim Gericht einzureichende Klagschrift (libellus conventionis), welche eine kurze Bezeichnung des klägerischen Anspruchs nach Grund und Gegenstand enthielt und in Folge einer Verfügung des Richters, wenn dieser überhaupt die Klage für zulässig fand (eine förmliche postulatio actionis fiel weg), durch einen Diener des Gerichts (executor) mit einer Ladung dem Beklagten mitgetheilt wurde (conventio, citatio) [28], für welche dieser eine schriftliche Empfangsbescheini-

---

26) Hollweg Handb. d. Proz. S. 249 Asverus d. Denunciation S. 245 f.

27) Hallweg S. 251. In Justinians Rechtsbüchern kommt daher nichts Näheres von dieser Denunciation vor, dagegen Vieles im Theodosischen Codex, der sie als das zu seiner Zeit praktische Recht aufnahm.

28) Diese trat an die Stelle der alten in jus vocatio, actionis editio

gung auszustellen und zugleich Caution wegen richtigen Erscheinens vor Gericht, in der Regel durch Bürgen, stellen mußte; er hatte dann 10 Tage, später (Nov. 53 cap. 3; vrgl. auch Nov. 96) 20 Tage Zeit, um sich zu entscheiden, ob er nachgeben und den Kläger befriedigen oder es auf den Prozeß ankommen lassen wollte [29]. Befriedigte er den Kläger nicht: so hatten dann beide Parthieen im ersten Termin vor dem Richter zu erscheinen; der Kläger brachte seinen Klaganspruch genauer vor und der Beklagte (in den späteren Constitutionen häufig fugiens genannt) hatte sich zu erklären, ob er der Klage stattgebe und die Ansprüche des Klägers anerkenne oder nicht. Erklärte er das Letztere: so ward nun (wie wohl überhaupt schon mit dem Verschwinden des Formularprozesses) durch die narratio proposita des Klägers und die contradictio objecta des Beklagten die Litis-Contestation als eingetreten angenommen [30]. Von einer besonderen Thätigkeit des Richters bei dieser Litis-Contestation, der Ertheilung einer Formula u. dgl., war natürlich jetzt nicht mehr die Rede; die Parthieen sind es lediglich, durch welche der ganze durch eine besondere Form nicht weiter ausgezeichnete Act der Litis-Contestation vorgeht. Auch war zum Zwecke derselben eine genaue auf alles Einzelne eingehende Erklärung des Beklagten nicht nöthig, sondern es genügte ein allgemeiner Widerspruch, daß er das Recht des Gegners in Abrede ziehe, sey es mit oder ohne Vorschützung von Einreden. Einen solchen Widerspruch zu

---

und der Denunciation. Vrgl. auch Nov. 53 cap. 3 Nov. 96 cap. 1. 2, Hollweg S. 256 f. Ueber eine noch andere Prozeßeinleitungsart durch Auswirkung eines kaiserlichen Rescripts (i.g. Rescriptsprozeß) s. Zimmern a. a. O. § 143 Hollweg S. 251 Puchta Institut. II § 178.

29) Vrgl. auch Asveru's Die Denunciation S. 256 f.

30) C. III, 9 de lit. cont. cst. un. III, 1 de judic. cst. 14 § 1 II, 59 de jurejur. propt. calumn. cst. 2. Nov. 53 cap. 3 Nov. 60 cap. 2 § 1. Manche nehmen die cst. un. cit. wörtlich so, als ob mit dem Beginn dieser Verhandlung, mit dem Vortrage des Klägers die Litiscontestation als erfolgt angenommen worden wäre. Aber schon aus cst. 14 § 1 cit. („quum lis contestata post narrationem propositam et contradictionem objectam") ergibt sich, daß die ganze Verhandlung durch die Litiscontestation umfaßt, also erst durch die abgelegte Erklärung des Beklagten die Litiscontestation vollendet wurde.

erheben, überhaupt auf die Klage selbst sich zu erklären, war jedoch der Beklagte dann nicht verbunden, wenn er dilatorische Einreden von rein prozessualischer Natur wie z. B. der Incompetenz oder Recusation des Gerichts hatte; diese konnte er vor jeder Erklärung über die Sache selbst vorschützen; auch wurde über sie vor der weiteren Verhandlung der Sache entschieden [30a].

Bei anderen Einreden aber, welche die Sache selbst betrafen, seyen es dilatorische oder peremtorische, konnte der Beklagte die allgemeine Erklärung auf die Klage selbst nicht ablehnen (vrgl. C. de except. cst. 9); nur mußte er die Vorschützung der dilatorischen Einreden mit jener Erklärung, mit der Lit. Cont. verbinden [31]. Die genauere Verhandlung über Klage und Einreden erfolgte dann erst nach der Litis-Contestation [32]. Da aber durch die Letztere, wie durch die altrömische Litis-Contestation, es sich wirklich entschied, ob die Sache zum Streite komme, und der Prozeß im Allgemeinen wenigstens festgestellt wurde und die Parthieen der richterlichen Entscheidung die Sache anheimgaben: so behielt man für sie den alten Namen bei. Auch war wirklich diese Litis-Contestation des späteren kaiserlichen Rechts gerade derjenige Abschnitt des neueren Prozesses, der dem Prozeßabschnitte, den die alte Litis-Contestation bildete, völlig analog war.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich die Bedeutungslosigkeit der Römischen Eintheilung der Klagen in actiones ordinariae und extraordinariae für unser Recht. Wir unterscheiden zwar auch zwischen ordentlichem und außerordentlichem Prozeß, aber natürlich in ganz anderem Sinne, als das classische Römische Recht. Die Eintheilung bezieht sich auf unsre Regel des pro-

---

30 a) C. VIII, 36 de except. cst. 13 Hollweg S. 262, 263.

31) C. *l.* c. cst. 12. IV, 19 de probat. cst. 19.

32) Dieß ergibt sich entschieden aus den Nt, 30 angeff. Stellen. Vrgl. auch Hollweg S. 260. — Was die Exceptionen betrifft: so wurde (mit Ausnahme des bei Note 30 a bezeichneten Falles) über sie, wenn der Beklagte den historischen Klaggrund bestritt, erst verhandelt nachdem der Kläger seine Klage bewiesen hatte, und die peremtorischen brauchten gar nicht früher vorgeschützt zu werden; wenn aber der Beklagte den historischen Klaggrund zugab: so wurde sofort über die Exceptionen verhandelt. S. die Stellen der Not. 31. Vrgl. auch Hollweg S. 263.

zessualischen Verfahrens. Wie das spätere Röm. Recht kennt auch unser Recht kein getrenntes Verfahren zwischen einem obrigkeitlichen Richter und einem Judex [33]; der obrigkeitliche Richter verhandelt den ganzen Prozeß für sich und entscheidet ihn [34]. Aber in manchen Streitsachen hat er nicht alle Formen Fristen und Bedingungen des regelmäßig vorgeschriebenen Verfahrens (des ordentlichen Prozesses) einzuhalten, sondern ein kürzeres die Beschleunigung der Entscheidung bezweckendes und Weiterungen abschneidendes Verfahren (sg. processus summarius) zu beobachten (z. B. bei Arrestsachen, Wechselsachen, Besitzinterdikten, nachbarlichen Bausachen, Alimentensachen, bei liquiden Schuldklagen, ganz geringfügigen Sachen ꝛc.), das sich nach der Verschiedenheit der Fälle im Einzelnen verschieden gestaltet. Schon das Römische Recht kannte für einzelne Fälle ein summarisches Verfahren (nur darf man nicht die cognitiones extraordinariae überhaupt mit demselben verwechseln; blos einzelne cognitiones extraordinariae wurden summarisch behandelt); aber erst das Deutsche gemeine und partikuläre Recht bildete die Sache genauer aus.

---

33) Etwas ganz Anderes ist das Deutsche Institut der Versendung der Acten an ein Spruchcollegium oder an einen einzelnen Juristen zur Abfassung eines im Namen des versendenden Gerichts und von diesem auszusprechenden Urtheils. Dieses Institut ist aber jetzt in vielen Deutschen Staaten aufgehoben, so namentlich auch in Württemberg. Mein Handbuch Bd. I. S. 1015.

34) Nur daß in Deutschland bei den höheren Gerichten, in manchen Staaten aber (wie z. B. in Württemberg; mein Handbuch Bd. I. S. 1013) durchaus, also auch bei den niederen Gerichten, ein Richter-Collegium die entscheidende richterliche Obrigkeit ist. Bei den Römern hatte der Magistratus zwar auch ein Collegium zur Seite, aber nur ein berathendes, indem er auch in den späteren Kaiserzeiten nicht an dessen Ansicht gebunden war. Hollweg S. 153 f.

Neunte Erörterung.

Das allgemeine Verhältniß der richterlichen Verurtheilung und Execution zum Inhalt des eingeklagten Rechts nach Röm. und heutigem Recht (actiones arbitrariae etc.).

Ueber das Verhältniß des Inhalts des richterlichen Urtheils, wenn es zur Verurtheilung des Beklagten kommt, und der Execution zum Inhalt des eingeklagten Rechts ging das classische Römische Recht von ganz eigenthümlichen Grundsätzen aus, welche bei uns nicht mehr gelten. Allein diese Eigenthümlichkeiten sind, auch für das materielle Recht, so weitgreifend und es ist von ihnen eine solche Menge von Stellen des Corpus Juris influenzirt und bestimmt, daß wer sie nicht ganz genau kennt und sie nicht gehörig in Gegensatz zu dem bei uns Geltenden setzt, zu großen Verstößen in Auffassung und Anwendung des praktischen Rechtes geführt werden muß. Beachten hier doch selbst Solche, welche jene Differenz wohl kennen, dieselbe gar häufig nicht gehörig bei manchen praktischen Lehren namentlich in ihren mittelbaren Folgen.

Im Römischen Formularprozesse also namentlich zu den Zeiten der Juristen, deren Werke in den Pandecten excerpirt sind, galt durchaus der Grundsatz, daß der Beklagte, wenn er sachfällig wurde, was auch der Gegenstand der Klage seyn mochte, sey es ein dare oder ein facere, nur zur Zahlung des Werthes

des Klagegegenstandes (litis aestimatio), und zwar in der Regel (Not. 3) des Betrages des ganzen Interesses, den der Gegenstand für den Kläger hatte, also nur in eine Geldsumme, nicht zu einer anderen Leistung verurtheilt und nur auf jene Summe die Execution gerichtet werden konnte[1]. Ging daher

---

1) Gajus IV § 48—52 § 163. Vrgl. auch D. XLII, 1 de re jud. *l.* 13 § 1, *l.* 59 pr. § 1, 2 XLV, 1 de V. O. *l.* 68 *l.* 72 pr. IV, 3 fin. reg. *l.* 4 § 3 XXX de legat. I *l.* 85. Ebenso gehören hierher Stellen, wie D. XII, 1 de R. C. *l.* 22; vrgl. auch Puchta Institut. II § 166. Natürlich stehen diesem Grundsatze, den wir erst recht aus Gajus, also seit kurzer Zeit, kennen, solche Stellen nicht entgegen, welche z. B. sagen, der Verkäufer sey verbunden, die verkaufte Sache zu tradiren (*l.* 11 § 2 XIX, 1 de A. E. V.), der Besitzer verbunden, dem Eigenthümer die Sache cum omni causa herauszugeben; denn die Verpflichtung der Genannten und die Klage selbst geht auch bei jenem Grundsatze allerdings an sich hierauf, und nicht auf Geld und diese Verpflichtung mußte festgestellt werden, weil danach der Betrag der Geldcondemnation zu bestimmen war, und weil der Beklagte durch freiwillige Leistung seiner eigentlichen Verpflichtung jener Geldcondemnation entgehen konnte. — Ganz entschieden irrig ist die Ansicht vieler Aelteren, daß nach dem Rechte, welches zur Zeit der Pandectenschriftsteller galt, der Beklagte zur Leistung des eigentlichen Gegenstands der Klage, also zur Herausgabe der eingeklagten Sache, Leistung der schuldigen Handlung verurtheilt worden sey. Diese Ansicht hatte sogar noch Thibaut Pandect. § 651; er führt dafür eine Reihe von Pandectenstellen an, die freilich gar nichts davon sagen. Unter den älteren Civilisten, welche noch keinen Gajus hatten, war freilich viel Streit über die Frage, ob nach dem Pandectenrechte bei Klagen aus Obligationen, namentlich aus dem Kaufe, nur das Interesse eingeklagt und verlangt werden könne oder nur die eigentliche schuldige Leistung und ob von dieser der Beklagte nach seiner Wahl durch Leistung des Interesses sich befreien könne (vrgl. z. B. Griesinger Comm. üb. d. Württ. Landr. Bd. II. S. 577 und die dort angf. Literatur). Allein Sintenis (Gießen. Zeitsch. Bd. XI 1838 S. 21 f. 34 f.) thut doch wohl dieser Controverse durch seine ausführliche Behandlung zu viel Ehre an, da nach den Aufschlüssen, die uns Gajus gibt, der Sinn der vorjustinianischen Stellen des Corpus juris (den Fall der Note 10 ausgenommen) nicht mehr zweifelhaft seyn kann. — Ueber die Gründe jenes Grundsatzes (an den aber die Magistratus bei ihren Decreten sich nicht durchaus hielten, s. z. B. D. XXXVI, 4 ut in poss. leg. *l.* 5 § 27 XLIII, 4 ne vis fiat *l.* 3 pr. § 1) sind die Ansichten verschieden. Wenn er häufig mit dem Freiheitssinne der Römer in Verbindung gebracht wird: so steht damit nicht recht im Einklange, daß der Beklagte, wenn er die Summe, in die er verurtheilt wurde, nicht bezahlte, sich einer Schuldhaft aussetzte, die namentlich in den älteren Zeiten zum gänzlichen Verluste seiner Freiheit führen konnte.

die Verbindlichkeit des Beklagten und somit die Klage auf Herausgabe einer Sache: so konnte der Beklagte, wenn er unterlag, nicht auf diese Herausgabe, sondern nur auf Zahlung des Werthes der Sache (und des Interesse des Klägers) verurtheilt werden. Es lautete daher in solchen Fällen die Formel, in welcher der Prätor den Judex über die condemnatio instruirte, stets auf Geld, nicht auf Herausgabe der Sache, z. B. bei der Eigenthumsklage (si paret rem Auli esse, quanti ea res est, tantam pecuniam judex Numerium Aulo condemna), bei der Klage auf Zurückgabe einer hinterlegten Sache (si paret, Aulum apud Numerium mensam deposuisse, eamque dolo malo Numerii Aulo redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm. Ao. condemnato), bei Klagen auf dare einer certa res (si paret fundum dari oportere, judex quanti ea res est, tantam pecuniam condemna) u. s. w. [2]. Ebenso war es, wenn die Verbindlichkeit auf Anderes ging, z. B. auf Dienstleistungen; auch hier konnte die Verurtheilung blos auf den Werth und das klägerische Interesse gerichtet werden, und nur auf diesen Werth wurde exequirt. Der Leistung dieses Interesses aber konnte der Beklagte dadurch entgehen, daß er, so weit es noch Zeit war d. h. ehe es zur Verurtheilung kam, das wirklich Schuldige leistete (vrgl. XII. Erört. nach Note 30); der Kläger hatte also ein Recht auf den Geldwerth in der Regel nur dann, wenn der Beklagte es zur Condemnation kommen ließ [3].

---

2) Gajus IV § 51, 47. Kam es in solchen Fällen zur Zahlung der litis aestimatio: so galt nun die Sache an den Beklagten als verkauft. D. VI, 1 de R. V. *l.* 46, 47 VI, 2 de Publ. act. *l.* 7 § 1 XIII, 6 commod *l.* 5 § 1 XLI, 4 pro emtor. *l.* 1, 3.

3) Auf das ganze Interesse wurde in solchen Fällen (auch bei stricti jur. actt. Erört. XI Not 49) dann verurtheilt, wenn wegen des im Texte ausgeführten Grundsatzes der eigentlich schuldigen Leistung Geld substituirt werden mußte (denn dann mußte der Kläger voll entschädigt werden; der Beklagte konnte ja dieser Interesseszahlung dadurch entgehen, daß er noch vor der Condemnatio leistete, was er eigentlich schuldig war). Auf den Gegenstand der eigentlich schuldigen Leistung dagegen wurde verurtheilt, wenn dieser schon an sich eine Geldforderung ist (z. B. bei Darlehen Stipulation von Geld, Forderung

Dadurch war freilich für Realisirung des Rechts des Klägers, wenn der Beklagte nicht freiwillig den eigentlich schuldigen Gegenstand leistete, gar nicht gehörig gesorgt, namentlich wenn es sich von Herausgabe einer Sache handelte, welche dem Kläger entzogen war. Für solche Fälle suchte man dem Berechtigten auf einem Umwege zu helfen, der freilich nicht immer zum Zwecke führte. Bei den Klagen nämlich, welche auf ein Trennen oder Vorzeigen einer Sache (exhibere) gehen, ferner bei den dinglichen Klagen und bei denjenigen persönlichen, welche (wie z. B. die actio depositi, commodati, pignoratitia, quod metus causa, doli etc.) auf Zurückgabe oder ein Wiederherstellen (restituere) gehen [4] aber nicht zu den stricti juris

---

des Kaufpreises ꝛc.). Hier geht die Verurtheilung nicht stets aufs Interesse, sondern auf das ursprünglich Geschuldete (z. B. bei der actio emti quanto minoris blos auf Verringerung des Kaufpreises), aufs Interesse nur dann, wenn die ursprüngliche Schuld an sich auf dasselbe geht oder wegen dolus culpa ꝛc. Verzug eine Verbindlichkeit zum Ersatz des Interesses zu ihr hinzutritt oder sie sich in eine solche verwandelt. — Die Executionsmittel waren theils indirecte, theils direkte, nämlich 1. Schuldknechtschaft, an deren Stelle aber später, wie es scheint, in gewissen Fällen nur Haft in einem öffentlichen Gefängnisse trat; 2. die prätorische missio in bona rei servandae causa, welche zu einem den Schuldner infamirenden Verkaufe des Vermögens und dadurch zur Befriedigung der Gläubiger führte. Diese bonorum venditio aber mit ihren infamirenden Folgen und die Personalexecution konnte der Schuldner 3. durch freiwillige Vermögensabtretung an die Gläubiger (cessio bonorum) abwenden. Ueberhaupt wurde allmählig das unter 2 angef. Executionsmittel seltener und blos auf gewisse Fälle beschränkt 4. durch das immer mehr aufkommende directe Zwangsmittel der Auspfändung, in Folge dessen dem Schuldner auf den Antrag des Gläubigers Vermögensstücke in Beschlag genommen wurden (pignus in causa judicati captum), welche dann, wenn der Schuldner in zwei Monaten nicht zahlte, zu Befriedigung des Gläubigers verkauft oder, wenn kein Käufer sich fand, dem Gläubiger um einen bestimmten Preis zugeschlagen wurden. Vrgl. beſ. Bethmann-Hollweg Prozeß § 28—30 Francke im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXIII S. 403—412 auch Puchta Institut. Bd. II § 179 und Hefftter Civilproz. 2. Ausg. S. 628 f.

4) Also z. B. nicht bei der Klage aus einem Kaufe auf Uebergabe der gekauften Sache, denn dieß war kein Restituiren. Vrgl. hierüber v. Schröter Gießner Zeitschr. VII S. 362 f. 371 f. und vorzüglich Savigny System. Bd. V. S. 125, 127—134. Die Stellen, welche beim Kaufe sagen, man könne auf Uebergabe der Sache klagen, und durch welche, wie es scheint, auch Sintenis

actiones gehörten, hatte der Juder, der bei ſolchen Klagen (wie überhaupt bei allen Klagen, die nicht stricti juris waren) auch Arbiter hieß, wenn er die Klage begründet fand, einen vorläufigen Ausſpruch (arbitratus, nicht condemnatio) dahin zu erlaſſen, daß der Beklagte die Sache innerhalb einer beſtimmten Zeit [5] herausgeben ſoll, und deßhalb hießen die Klagen, bei denen ein ſolcher vorläufiger arbitratus judicis auf Reſtitution oder Exhibition erlaſſen wurde, arbitrariae actiones [6]. Jenes Arbitrium aber hatte an ſich nicht etwas unmittelbar Verpflichtendes und Zwingendes für den Beklagten; es war eine Aufforderung welche zu befolgen ganz in ſeiner Willkühr ſtand. Allein mittelbar enthielt es doch einen Zwang, und meiſt wird es zu ſeinem Zwecke geführt haben, weil die Nichtbefolgung den Beklagten beſonderen Nachtheilen ausſetzte. Befolgte er nämlich das Arbitrium des Juder nicht (contumacia), kam es ſomit zur

---

Gießn. Zeitſchr. XI S. 62, 68 ſich verleiten ließ, beim Kaufe einen übrigens nicht exequirbaren (Not. 10) jussus de tradendo anzunehmen, deuten etwas der Art gar nicht an. Das Recht des Klägers an ſich und ſein Anſpruch geht allerdings auf Herausgabe der Sache und nur auf dieſe, und er klagt de tradenda re; allein in der Klag-Formel ſelbſt mußte die condemnatio auf den Betrag geſtellt werden (und da die Klage keine arbitraria war, ohne ein nisi tradat), weil der Juder nur auf Geld erkennen konnte. Ganz außer Zweifel wird dieß namentlich durch Gajus IV, 131 geſetzt; er ſpricht von einem ex emto agere, ut nobis fundus mancipio detur und von agere de tradenda possessione; die Klagformel geht auf quiquid ob eam rem reum actori dare facere oportet ex fide bona, aber die condemnatio geht blos auf den Geldbetrag dieſes quidquid ꝛc. und von einem nisi tradat iſt nicht dabei die Rede. — Dagegen weicht ein Fall der act. arbitrariae von den übrigen in Bedingungen und Folgen weſentlich ab. Ueber denſelben ſ. Erört. XI Not. 30.

5) D. XLII, 2 d. confess. *l.* 6. § 2 a. E.

6) J. IV, 6 d. act. § 31: „Praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat.“ Ferner Gajus IV, 163 (über die Worte vel solvat im § 31 J. cit. ſ. unt. Erört. XI Not. 30 über vel ex nox... dedat Zimmern Rechtsgeſch. Bd. III. S. 207 Not. 2). Es wurde deßhalb in ſolchen Fällen in der Formel, in welcher der Juder angewieſen wurde, den Beklagten bei begründeter Klage zu verurtheilen, beigefügt nisi restituat oder exhibeat. Savigny V. S. 124.

condemnatio; so trat zwar bei dem vom Richter nun auszusprechenden eigentlichen Urtheil die allgemeine Regel ein, d. h. der Beklagte wurde nicht auf Herausgabe der Sache, sondern blos auf Zahlung ihres Werthes verurtheilt. Allein der Kläger hatte nun in einem solchen Falle (und ebenso wenn bei solchen Klagen der Beklagte den Gegenstand wegen seines dolus oder aus culpa lata gar nicht herausgeben konnte) das Recht, den Werth der Leistung und sein ganzes Interesse lediglich durch seinen Eid zu taxiren (juramentum in litem, Schätzungseid), und in diese vom Kläger durch seinen Eid bestimmte, also leicht den wahren Werth des Streitobjects weit übersteigende [7] Summe wurde dann der Beklagte verurtheilt [8]. Bei einigen Klagen war der Nachtheil für den ungehorsamen Beklagten noch größer; z. B. bei der doli actio wurde er, wenn er es zur Verurtheilung kommen ließ, infam (außerdem, daß der Kläger noch das Recht zum juramentum in litem hatte), bei der quod metus causa actio mußte der Richter ihn in den vierfachen Werth des Streitobjects verurtheilen [9].

Allmählig aber wurde im späteren Röm. Recht der Grundsatz, daß nur auf Geld verurtheilt und exequirt werden könne, modificirt. Zunächst wurde zugelassen, daß bei den arbitrariae actiones das auf Herausgabe der Sache gerichtete Arbitrium auf Verlangen des Klägers geradezu exequirt werden konnte [10].

---

7) Vrgl. D. XLVI, 1 de fidej. *l.* 73.

8) D. IV, 3 de dolo *l.* 18 pr. VIII, 5 si serv. vind. *l.* 7 X, 4 ad exhib. *l.* 3 § 2 *l.* 5 § 2 XII, 2 de in lit jur. *l.* 1 *l.* 2 § 1 XX, 1 de pign. *l.* 16 § 3 XLII, 2 de confess. *l.* 6 § 2 C. III, 32 de R. V. cst. 21. Vrgl. auch Hollweg Prozeß S. 321 f.

9) D. IV, 2 quod met. c. *l.* 14 § 1 § 3 a. E. § 4, 7, 10, 11. Das juramentum in litem fiel hier weg; die Zahlung des vierfachen wahren Werthes ersetzte genügend seine Stelle.

10) D. VI, 1 de R. V. *l.* 68. Ob dieß schon in der späteren Zeit der class. Juristen der Fall war oder erst nach ihrer Zeit ist bestritten. Jedenfalls ist die früher gewöhnlich gewesene Ansicht (der z. B. auch noch Zimmern Rechtsgesch. Bd. III S. 198 Keller Litis-Contestation S. 215 f. und, wenigstens beim restituere nicht aber beim exhibere, auch Sintenis Gießner Zeitschr. XI S. 59 f. sind), nach welcher überhaupt von jeher das Arbitrium auf Verlangen des Klägers exequirt worden seyn soll, unrichtig; man vergleiche nur die Stellen

Verlangte er aber die Execution deſſelben nicht: ſo kam es dann zur Verurtheilung in Geld nach den oben angeführten Grundſätzen.

Noch weiter ging eine ſpätere Zeit, wenigſtens Juſtinian. Er ſieht den Grundſatz, daß die richterliche Verurtheilung nur auf Geld gehen könne, als gar nicht mehr beſtehend an; ja daß er ſich in denſelben gar nicht recht zu finden wußte, geht aus cst. 17 VII, 4 de fideic. lib. hervor, wo er den Richter einen stultus nennt, welcher ſtatt auf Herausgabe der ſchuldigen Sache auf Geld condemniren würde. Deßhalb corrigirt er in ſeinen Inſtitutionen die Stelle aus Gajus, nach welcher der Richter ſtets auf eine beſtimmte Geldſumme condemniren ſoll, dahin, der Richter ſolle, ſoweit möglich, in eine beſtimmte Geldſumme oder Sache verurtheilen [11], und an einer anderen Stelle (C. VII, 45 de sent. cst. 14) ſagt er ganz allgemein bei Gegenklagen, welche gegen den Kläger erhoben werden, der Richter ſolle contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronunciare. Hieraus geht wohl unzweifelhaft hervor, daß nach Juſtinianiſchem Recht der Richter ſtets auf den eigentlichen Gegenſtand der Verpflichtung zu erkennen hat. Nur bei den arbitrariae actiones ließ Juſtinian dennoch, wie es wenigſtens ſcheint, das vorläufige Arbitrium beſtehen. Freilich paßte es nun gar nicht mehr zu den eben angeführten Grundſätzen. Allein er trägt in ſeinen Rechtsbüchern, namentlich in den Inſtitutionen, jene Eigenthümlichkeit der arbitrariae actiones durchaus als etwas noch Beſtehendes vor. Erklären läßt es ſich wohl daraus, daß er die ſtrengere Condemnatio (z. B. auf das Vierfache bei der act. quod met. causa etc.)

---

der Note 8 und Gajus IV, 163.; ſ. Hollweg a. a. O. S. 329 f. Savigny Syſtem. Bd. V S. 122 f. Aber ſelbſt die Anſicht von Hollweg und Anderen, nach welcher doch ſchon in der ſpäteren Zeit der claſſ. Röm. Juriſten Jenes zuläſſig geweſen ſeyn ſoll, hat das Stillſchweigen aller Quellen aus dieſer Zeit mit Ausnahme der *l.* 68 cit. und noch dazu beſtimmte Quellenäußerungen (ſ. Nt. 8) gegen ſich. Deßhalb hält Savigny a. a. O. den in *l.* 68 cit. erwähnten Zwang zur Reſtitution mit Recht für ein entſchiedenes Einſchiebſel der Commiſſäre Juſtinians. S. auch Wetzell Der Röm. Vindicationsproz. 1845 S. 121 f.

11) J. IV, 6 de act. § 32 verb. „vel rei.“

bei den arbitrariae actiones nicht aufgeben wollte und deßhalb das arbitrium beibehielt. Hiernach mußte daher bei den arbitrariae actiones noch nach neuestem Röm. Recht vom Richter ein vorläufiges arbitrium de restituenda, exhibenda re ausgesprochen werden; befolgte der Beklagte dasselbe nicht: so konnte der Kläger Execution desselben verlangen oder auf wirkliche Verurtheilung (condemnatio) des Beklagten antragen, mit der dann die S. 19 erwähnten Nachtheile für den Beklagten verbunden waren. Bei allen übrigen Klagen aber hatte der Richter, wenn er sie begründet fand, sofort auf die eigentlich geschuldete Leistung zu erkennen.

Hierbei entsteht dann aber die Frage über die Execution und über das etwanige Recht des Klägers, statt auf die ursprünglich geschuldete Leistung auf das Interesse zu klagen. Die Ansichten hierüber sind verschieden, bei den Aelteren meist getrübt durch die Nichtkenntniß des S. 15 ausgeführten Grundsatzes, der den meisten Quellenstellen aus der vorjustinianischen Zeit zu Grunde liegt. Aber auch bei den Neueren finden sich, ungeachtet man nun in dieser Hinsicht durch Gajus auf viel sichererem Boden steht, doch noch sehr entgegengesetzte Meinungen. Ich will hier nur aus der neueren Zeit zwei auf sehr entgegengesetzten Standpunkten stehende Ansichten näher anführen, indem sie gerade Extreme bilden, zwischen welchen wohl das Richtige liegen dürfte, die Ansichten von Bayer und Sintenis.

Bayer[12] nimmt an, und zwar nach den Citaten zu schließen schon nach dem (Justinianisch-) Römischen Rechte, daß stets eine directe Vollstreckung des auf den eigentlichen Gegenstand der Verpflichtung gerichteten Urtheils statthabe. Wenn daher namentlich

1. auf Herausgabe bestimmter Sachen erkannt worden sey (also nicht blos bei Erkenntnissen auf ein restituere oder exhibere, sondern auch auf tradere, dare): so werden bewegliche Sachen dem Beklagten geradezu mit Gewalt abgenommen, aus unbeweglichen werde er mit Gewalt exmittirt, der Kläger immittirt;

12) Vorträge üb. d. ordentl. Civilproz. 7. Aufl. 1842 S. 692—703.

2. sey Jemand zu einer (anderweiten) Handlung verurtheilt worden: so habe das Gericht a. wenn die Handlung ebensogut durch Andre vorgenommen werden könne, sie durch Andre auf Kosten des Beklagten vornehmen zu lassen (angeführt wird hiefür blos D. XLIII, 1 de interdict. *l.* ult., welche gar nicht von einer solchen Executionsart, sondern blos von Verurtheilung aufs Interesse spricht, und D. XLII, 24 quod vi aut clam *l.* 13 § 7, welche ebensowenig auf eine solche Executionsart zu beziehen ist, wie aus *l.* 15 § 7—12 *l.* 16 § 2 eod. hervorgeht); b. sey aber die Arbeit nicht der Art: so habe das Gericht zu versuchen, den Verurtheilten „durch Geldstrafen, Einlegung von Wache und drgl." zur Handlung zu nöthigen und erst bei erfolglosem Versuche sey das Interesse in Geld zu exequiren (angeführt werden hiefür blos D. XLII, 1 de re jud. *l.* 13 § 1 XXXIX, 1 de O. N. N. *l.* 21 § 4, welche nur von einer Geldcondemnation sprechen).

Sehr entgegengesetzter Ansicht über das neuste Römische Recht ist Sintenis [13]. Er geht davon aus, daß nach Justinianischem Recht der Richter zwar auf den eigentlichen Gegenstand und Inhalt des ursprünglichen Rechtsanspruchs des Klägers verurtheilen dürfe, namentlich auch bei Ansprüchen auf ein facere, tradere etc., aber nur, wenn der Kläger darauf klage; der Kläger aber habe die Wahl, ob er auf diesen Gegenstand und Inhalt klagen wolle oder auf das Interesse (er beruft sich hiefür auf eine Reihe von Pandectenstellen, welche sagen, die condemnatio gehe auf Geld z. B. *l.* 13 § 1 de re jud., bei einer incerta stipulatio könne man aufs Interesse klagen z. B. *l.* 68, 72 pr. de V. O., oder mit der Kaufsklage erhalte man das Interesse wenn der Verkäufer nicht tradire, wie *l.* 1 pr. *l.* 11 § 8, 9 *l.* 12 d. A. E. V., und auf die est. 4 de act. emt. welche das Gleiche sagt). Klage der Kläger aufs Interesse: so habe der Richter hierauf zu verurtheilen, wenn der Beklagte nicht vorher das eigentlich Schuldige leiste; klage aber der Kläger auf das eigentlich Schuldige: so habe der Richter den Beklagten zwar in dieses eigentlich Schuldige (z. B. bei einer Kaufs-

13) In der Gießner Zeitschr. Bd. XI, S. 71—76, 81.

Klage in die Herausgabe der Sache) zu verurtheilen; aber exequiren dürfe er dieses Urtheil nicht, auch dann nicht, wenn es sich von „Uebergabe einer certa res" handle; vielmehr könne in einem solchen Falle der Kläger vom weigernden Verurtheilten in der Executionsinstanz wieder blos das Interesse in Geld ersetzt verlangen.

Was den ersteren Theil dieser Ansicht, das angebliche Wahlrecht des Beklagten zwischen einer Klage auf die eigentlich geschuldete Leistung und einer Klage aufs Interesse betrifft: so stellt sich hier Sintenis eigentlich ganz auf den Standpunkt unsrer älteren Juristen und wendet auf die betreffenden Quellenstellen der vorjustinianischen Zeit den Aufschluß, den wir über sie aus Gajus erhalten und den er selbst gut entwickelt, eigentlich praktisch gar nicht an. Halten wir uns hierbei zunächst an den von Sintenis hauptsächlich behandelten Fall des Kaufes. Das Recht des Käufers geht an sich blos auf die gehörige Sachleistung; auf diese wird geklagt und dieses Recht wurde auch bei Anstellung der Kaufsklage in judicium deducirt (*l.* 11 § 1, 2, 8 de A. E. V. Gajus IV, 131). Dabei mußten aber natürlich die älteren Röm. Quellenstellen sagen: wenn der Verkäufer die Sache nicht freiwillig herausgibt, so erlangt am Ende der Käufer von ihm mit seiner Kaufsklage das Interesse (z. B. *l.* 1 pr. *l.* 11 § 9 *l.* 12 de A. E. V.) und nur dieses, weil nach älterem Röm. Recht die Condemnation nur auf Geld gehen konnte. Aber nicht dieses Interesse war das eigentlich Geschuldete (wenn nicht die Obligation aus anderen besonderen Gründen in eine Obligation aufs Interesse überging); an sich hat der Kläger kein Recht aufs Interesse und kann in der Regel auch nur auf die eigentlich geschuldete Leistung klagen [14] und eben deßhalb

14) Von einem Wahlrecht des Klägers kann man gar nicht sprechen. Der Kläger hatte in seiner intentio auf die eigentlich geschuldete Leistung zu klagen z. B. si paret fundum Auli esse, si paret fundum Aulo dari oportere ꝛc. (vrgl. Gajus IV § 34, 36, 41, 47, 53, 136) und nur für den Fall, daß es der Beklagte zur condemnatio kommen lassen würde, also die geschuldete Leistung nicht vorher abtrage (auf welches Vorherabtragen aber nur bei den act. arbitrariis ein ausdrücklicher Vorbescheid erlassen wurde), hatte der Judex aufs Interesse zu erkennen. S. Not. 4 a. E.

der Beklagte noch während des Prozesses
lichen Schuld, durch Herausgabe der
aufs Interesse entgehen. Im Justinia-
die Voraussetzung, aus welcher allein früher
liches Recht nicht durchsetzen konnte (die
condemnatio auf Geld) weggefallen; die Con-
auf die Sache selbst; der Richter darf nicht
nicht auf die Sache selbst verurtheilen, sondern
wie Justinian in den S. 20 angeführten Stellen
aber, wie der Kläger im älteren Recht irgend
Klage auf Herausgabe der Sache und Klage
des Interesses hatte: so wenig gibt sie ihm Justinian.
Recht so muß er auch im neuesten Recht auf
schuldige Leistung klagen; nur mußte er im älteren
dem Interesse begnügen, das quidquid ob eam
dari oportet, wenn auf Erfüllung der Kaufs-
keit geklagt wurde, mußte der Richter zu Geld an-
neuesten Röm. Recht fällt dieser Anschlag zu Geld
Richter verurtheilt wirklich in Das, auf was der Kläger
hatte, in die Erfüllung der Kaufsverbindlichkeit. Hätte
Kläger an sich wirklich die Wahl zwischen Interesse und Sach-
hätte er also schon an sich ein Recht aufs Interesse zu
: so wäre auch in der That nicht einzusehen, wie ihm der
klagte durch eine ganz andre Leistung (durch die Sachleistung)
dieses Recht entziehen können. Nur dann kann, wie schon
älteren Recht, so auch nach Justinianischem Recht die Klage
sofort aufs Interesse gehen, wenn schon die ursprüngliche
Leistung an sich aufs Interesse geht oder sich aus besonderen obli-
gatorischen Gründen ganz oder theilweise in eine Verbindlichkeit
zum Interesse verwandelte z. B. der Gegenstand nicht mehr exi-
stirt und der Beklagte für ihn einzustehen hatte oder wenn durch
wahren Verzug des Beklagten für den Kläger die Sachleistung
selbst alles Interesse verlohren hat und ganz gegen sein Interesse
seyn würde. Aber in einem solchen Falle kann dann der Schuld-
ner durch Nachholen der Sachleistung sich nicht mehr
von der Klage aufs Interesse befreien, eben weil nun der
Kläger an sich ein Recht, aufs Interesse zu klagen, erhalten hat;

z. B. wenn Jemand, der mir heute einen Anzug auf den morgigen Ball zu liefern verspricht, ihn nicht liefert und ich wegen seines Verzugs gezwungen war, die Kleidung anderwärts zu kaufen, und er will sie nun nach dem Balle liefern (vrgl. auch D. XIX, 2 loc. *l.* 24 § 4).

Was aber die Execution bei allen Sachleistungen im weiteren Sinne im Gegensatze zu anderen Handlungen (s. unt. XI. Erört. Not. 40 a. E.) betrifft: so möchte in solchen Fällen, in denen von einem Zwange zu positiver Thätigkeit des Beklagten nicht die Rede ist sondern der Zweck durch Hinwegnahme der bestimmten Sache und Ueberlieferung an den Kläger erreicht werden kann, es nicht den geringsten Zweifel leiden (wie auch meines Wissens die meisten Schriftsteller nicht daran zweifeln), daß Justinian, so gut die *l.* 68 de R. V. einen Zwang durch manus militaris zur Vollziehung eines bloßen arbitratus judicis zuläßt, noch mehr einen solchen Zwang zur Vollziehung der eigentlichen Condemnation zulassen wollte; auch deutet er dieß in der cst. 17 C. VII, 4 de fideic. lib. sehr deutlich an. Hiernach ist daher bei Ansprüchen auf Herausgabe einer Sache in Betreff des Urtheils und der Execution nach neuestem Röm. Recht Das ganz richtig, was Bayer (oben S. 21 Nr. 1) sagt. Nur fand auch noch im neuesten Römischen Rechte in dieser Hinsicht eine Eigenthümlichkeit bei dem arbitrariae actiones statt (ob. S. 20, 21).

Für solche Fälle dagegen, in welchen die Klage auf ein facere im engeren Sinne (im Gegensatze zu den Sachleistungen XI. Erört. Not. 40) geht, finden wir auch im Justinianischen Recht gar keine Spur der Zulässigkeit eines auf die Leistung gerichteten Executionszwanges. In dieser Beziehung geht Bayer zu weit. Denn die Stellen des Röm. Rechts, welche er für einen solchen Zwang anführt, sprechen, wie schon S. 22 bemerkt wurde, nicht entfernt von einem solchen Zwange. Vielmehr deuten gerade Stellen in Justinians Institutionen (III, 15 de V. O. § 7) entschieden an, daß Justinian hier den Versuch eines Zwanges zur Vornahme der Handlung nicht zulassen wollte, so daß in solchen Fällen die Condemnation zwar auf Leistung des Factums geht und der Verurtheilte somit auch noch nach der Verurtheilung (anders

und nur deßhalb konnte der Beklagte noch während des Prozesses durch Leistung der eigentlichen Schuld, durch Herausgabe der Sache, der Verurtheilung aufs Interesse entgehen. Im Justinianischen Recht aber ist die Voraussetzung, aus welcher allein früher der Käufer sein eigentliches Recht nicht durchsetzen konnte (die Beschränkung der Condemnatio auf Geld) weggefallen; die Condemnatio geht nun auf die Sache selbst; der Richter darf nicht blos, wie Sintenis sagt, auf die Sache selbst verurtheilen, sondern muß es stets thun, wie Justinian in den S. 20 angeführten Stellen sagt. So wenig aber, wie der Kläger im älteren Recht irgend eine Wahl zwischen Klage auf Herausgabe der Sache und Klage auf Zahlung des Interesses hatte: so wenig gibt sie ihm Justinian. Wie im älteren Recht so muß er auch im neuesten Recht auf die eigentlich schuldige Leistung klagen; nur mußte er im älteren Recht sich mit dem Interesse begnügen, das quidquid ob eam rem dari fieri oportet, wenn auf Erfüllung der Kaufsverbindlichkeit geklagt wurde, mußte der Richter zu Geld anschlagen; im neuesten Röm. Recht fällt dieser Anschlag zu Geld weg; der Richter verurtheilt wirklich in Das, auf was der Kläger zu klagen hatte, in die Erfüllung der Kaufsverbindlichkeit. Hätte der Kläger an sich wirklich die Wahl zwischen Interesse und Sachleistung, hätte er also schon an sich ein Recht aufs Interesse zu klagen; so wäre auch in der That nicht einzusehen, wie ihm der Beklagte durch eine ganz andre Leistung (durch die Sachleistung) sollte dieses Recht entziehen können. Nur dann kann, wie schon im älteren Recht, so auch nach Justinianischem Recht die Klage selbst sofort aufs Interesse gehen, wenn schon die ursprüngliche Leistung an sich aufs Interesse geht oder sich aus besonderen obligatorischen Gründen ganz oder theilweise in eine Verbindlichkeit zum Interesse verwandelte z. B. der Gegenstand nicht mehr existirt und der Beklagte für ihn einzustehen hatte oder wenn durch wahren Verzug des Beklagten für den Kläger die Sachleistung selbst alles Interesse verlohren hat und ganz gegen sein Interesse seyn würde. Aber in einem solchen Falle kann dann der Schuldner durch Nachhohlen der Sachleistung sich nicht mehr von der Klage aufs Interesse befreien, eben weil nun der Kläger an sich ein Recht, aufs Interesse zu klagen, erhalten hat;

z. B. wenn Jemand, der mir heute einen Anzug auf den morgigen Ball zu liefern verspricht, ihn nicht liefert und ich wegen seines Verzugs gezwungen war, die Kleidung anderwärts zu kaufen, und er will sie nun nach dem Balle liefern (vrgl. auch D. XIX, 2 loc. *l.* 24 § 4).

Was aber die Execution bei allen Sachleistungen im weiteren Sinne im Gegensatze zu anderen Handlungen (s. unt. XI. Erört. Not. 40 a. E.) betrifft: so möchte in solchen Fällen, in denen von einem Zwange zu positiver Thätigkeit des Beklagten nicht die Rede ist sondern der Zweck durch Hinwegnahme der bestimmten Sache und Ueberlieferung an den Kläger erreicht werden kann, es nicht den geringsten Zweifel leiden (wie auch meines Wissens die meisten Schriftsteller nicht daran zweifeln), daß Justinian, so gut die *l.* 68 de R. V. einen Zwang durch manus militaris zur Vollziehung eines bloßen arbitratus judicis zuläßt, noch mehr einen solchen Zwang zur Vollziehung der eigentlichen Condemnation zulassen wollte; auch deutet er dieß in der cst. 17 C. VII, 4 de fideic. lib. sehr deutlich an. Hiernach ist daher bei Ansprüchen auf Herausgabe einer Sache in Betreff des Urtheils und der Execution nach neuestem Röm. Recht Das ganz richtig, was Bayer (oben S. 21 Nr. 1) sagt. Nur fand auch noch im neuesten Römischen Rechte in dieser Hinsicht eine Eigenthümlichkeit bei dem arbitrariae actiones statt (ob. S. 20, 21).

Für solche Fälle dagegen, in welchen die Klage auf ein facere im engeren Sinne (im Gegensatze zu den Sachleistungen XI. Erört. Not. 40) geht, finden wir auch im Justinianischen Recht gar keine Spur der Zulässigkeit eines auf die Leistung gerichteten Executionszwanges. In dieser Beziehung geht Bayer zu weit. Denn die Stellen des Röm. Rechts, welche er für einen solchen Zwang anführt, sprechen, wie schon S. 22 bemerkt wurde, nicht entfernt von einem solchen Zwange. Vielmehr deuten gerade Stellen in Justinians Institutionen (III, 15 de V. O. § 7) entschieden an, daß Justinian hier den Versuch eines Zwanges zur Vornahme der Handlung nicht zulassen wollte, so daß in solchen Fällen die Condemnation zwar auf Leistung des Factums geht und der Verurtheilte somit auch noch nach der Verurtheilung (anders

als im älteren Rechte) sich durch Leistung des Factums selbst befreien kann, wenn es aber zur Execution kömmt, der Kläger nur Zahlung des Interesses verlangen kann. Dieß beruht auch auf güten Gründen. Denn ein Zwang zu einem solchen Thun, etwa gar durch Gefängnißstrafen, würde bei bloßen privatrechtlichen Verbindlichkeiten in der Regel gar zu weit führen und sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn der Schuldner außer Stand wäre, das Interesse zu bezahlen.

Was die Anwendung dieser Grundsätze bei uns und zwar zunächst nach gemeinem Deutschem Recht betrifft: so ist die besondere Bedeutung, welche die actiones arbitrariae im älteren und noch im neuesten Römischen Recht hatten (S. 21), bei uns völlig unpraktisch. Denn jene Eigenthümlichkeit dieser Klagen wurde bei uns gar nicht recipirt. Es wird bei uns nie ein vorläufiges arbitrium auf Restitution oder Exhibition erlassen, sondern gegen den unterliegenden Beklagten geradezu das richterliche Urtheil (condemnatio) gefällt, und zwar auf Erfüllung der eigentlich schuldigen Leistung (auf Restitution, Exhibition ꝛc.). Es fallen daher bei uns auch die besonderen Nachtheile weg, welche mit dem Nichtbefolgen eines Arbitriums, wenn es zur Condemnation kam, verbunden waren, wie der Schätzungseid (in solchen Fällen; denn in anderen Fällen, z. B. wenn der Beklagte die Sache vernichtete, kommt er auch bei uns noch vor), das Vierfache bei der Klage wegen Zwangs, die Infamie bei Verurtheilung in Folge einer Betrugsklage. Im Uebrigen gilt in Beziehung auf Klage und Urtheil ganz, was nach dem neuesten Römischen Recht galt. Der Kläger hat stets auf die eigentlich schuldige Leistung zu klagen, der Richter bei begründeter Klage stets (bei uns auch bei den actiones arbitrariae) auf die eigentlich schuldige Leistung sofort zu verurtheilen [15], nicht auf ihren Werth und das Interresse, außer der Gegenstand könnte nicht mehr geleistet werden und der Fall wäre der Art, daß der Beklagte dafür einzustehen hätte oder der Kläger könnte sonst aus besonderen Gründen statt dieses Gegenstandes eine Ent-

15) Dieß ergibt sich aus dem J. R. A. v. 1654 § 162.

schädigung in Geld verlangen (S. 24, 25), in welchen Fällen dann aber eben diese Geldforderung durchaus an die Stelle der ursprünglichen Leistung tritt und nun die eigentlich geschuldete Leistung bildet.

In Beziehung auf Execution eines solchen Urtheils enthalten die geschriebenen Quellen des Deutschen Rechts nichts Näheres [16], außer daß der J. R. A. v. 1654 § 162 für Fälle, in welchen das Urtheil auf ein Dulden oder Unterlassen gerichtet ist, bestimmt, daß der Beklagte durch einen Strafbefehl zur Unterlassung anzuhalten und wenn er ihn übertrete, die Strafe von ihm beigetrieben und ihm eine cautio de non amplius turbando impediendo etc. auferlegt werden soll. Im Uebrigen aber würde es hiernach bei den oben ausgeführten Bestimmungen des Justinianischen Rechts bleiben, also bei Sachleistungen Wegnahme der Sache durch den Richter soweit dieß möglich ist, soweit dieß aber nicht möglich ist (z. B. wenn eine Quantität von fungiblen Sachen geschuldet wird, der Schuldner aber solche Sachen nicht besitzt) oder bei anderen Handlungen nach fruchtlos abgelaufenem Judicatstermin kein Zwang auf die eigentlich schuldige Leistung, sondern Taxation des Interesses und Execution auf Dieses statthaben.

Allein die Deutsche Praxis war hier meist rücksichtsloser als das Röm. Recht. Sie neigt sich durchaus dahin, auch bei positiven nicht in Sachleistungen bestehenden Handlungen [17] wenig-

---

16) S. über diese Negative besonders Sintenis a. a. O. S. 81—84.

17) Zu solchen Handlungen rechnet Sintenis a. a. O. S. 85 auch das tradere rem, also die Leistungen eines Verkäufers, und glaubt, nach Deutsch. Recht sey nur ein Urtheil auf restituere direct exequirbar, also nicht ein Urtheil auf exhibere, dare, tradere. Wenn er S. 86 glaubt, daß mit dieser Ansicht die angesehensten Prozeßlehrer der neueren Zeit übereinstimmen: so ist dieß, soweit wenigstens ich finden konnte, unrichtig (s. auch das oben S. 21 aus Bayer Angeführte, mit dem die Meisten übereinstimmen). Die Deutschen Prozeßlehrer nehmen, wie es schon Justinian that, keinen Anstand, den directen Zwang eintreten zu lassen, wo der Kläger durch Wegnahme der schuldigen Sache befriedigt werden kann. Dieß ist aber beim dare und tradere möglich, nur daß nun durch die richterliche Uebergabe der Sache an den Kläger dasjenige Recht an der Sache auf ihn übergetragen wird, welches der Beklagte auf ihn zu

stens Versuche zu Erzwingung der Handlung durch Pressen und Gefängnißstrafe zu machen und erst nach deren fruchtloser Anwendung aufs Interesse zu exequiren.

Was das Württembergische Recht betrifft: so folgte das ältere Württemb. Recht, das Landrecht, ganz dem Justinianischen Rechte (mit Ausnahme Dessen, was dieses über die act. arbitrariae bestimmt), das neuere Württemb. Recht aber ließ sich leider ganz durch den Gang influenziren, den die Deutsche Praxis genommen hatte.

Das Landrecht geht, wie das neuere Württemb. Recht, durchaus davon aus, daß das Urtheil des Richters auf die eigentlich schuldige Leistung gefaßt werden müsse (Landr. I, 55 § 2, 3 I, 75 § 1, 2), erkennt also in Beziehung auf Klage und Urtheil ganz die Grundsätze des gemeinen Deutschen Rechts (S. 26) an. Allein in Betreff der Execution unterscheidet es ganz in der Weise, wie das Justinianische Recht.

Ist eine bestimmte Sache herauszugeben, sey es in Folge einer dinglichen oder in Folge einer persönlichen Klage und im letzteren Falle sey es um Eigenthum daran zu übertragen oder Besitz oder bloße Gebrauchsverstattung: so ist die Sache dem verurtheilten Beklagten, wenn er sie innerhalb eines bestimmten Termins nicht leistet, mit Gewalt abzunehmen [18]. Hiernach ist auch beim Kaufe die verkaufte Sache dem Verkäufer wegzunehmen und dem Käufer zu übergeben. An diesem Resultate zwei-

---

übertragen hätte, soweit es dem Beklagten wirklich zustand, wie dieß ja auch bei gerichtlichen Zwangsverkäufen vorkommt. Wenn Sintenis das Urtheil ad tradendam rem zu den Urtheilen ad faciendum zählt, und diese den Urtheilen ad restituendum entgegengesetzt: so ist dieß wohl in mehrfacher Hinsicht nicht zu billigen. Nimmt man facere im Gegensatze zum technischen dare: so gehört zu Jenem auch das restituere; nimmt man es aber im Gegensatze zu Sachleistungen überhaupt (zum dare rem im weit. Sinne): so gehört weder das restituere noch das tradere rem zum facere, sondern zu den Sachleistungen. Vrgl. XI. Erört. Not. 39, 41. Aehnliche ungenaue Begriffe über facere etc. hat auch Rümelin in Sarweys Monatsschr. B. II S. 379.

18) Für die dingliche Klage s. L.R. I, 55 § 2, für die persönliche Klage auf Herausgabe einer Sache s. L.R. I, 55 § 3 verglichen mit L.R. I, 75 § 2. 1 und den Gegensatz § 3 ebendaselbst.

felten auch die Württemb. Schriftsteller meines Wissens nie, nur daß sie es in der Regel auf solche Stellen des Landrechts stützen, durch welche es nicht bewiesen wird und die eigentlich beweisenden Stellen nicht beachteten [18a].

In allen übrigen Fällen aber scheint das Landrecht blos Execution auf den Geldwerth zuzulassen. Denn es bestimmt (I, 75 § 3), daß „so der Schuldner nicht ein gewiß Ding zu erstatten fällig gesprochen" zur Auspfändung zu schreiten sey d. h. dem Schuldner einzelne Vermögensstücke, und zwar ganz wie es das Röm. Recht verschreibt [19], zuerst baares Geld, dann andere Fahrniß [20], dann Liegenschaften und was diesen gleichsteht und zuletzt seine Capitalien weggenommen werden sollen, um den Gläubiger daraus zu befriedigen [21]. Ist aber der Schuldner zahlungsunfähig: so soll er auf Verlangen des Klägers „in Thurn gelegt vnd darin auf desselben Kosten so lang erhalten werden, bis er bezahlt oder bonis cedirt" [22].

18a) Sie stützen sich gewöhnlich auf Stellen, welche (z. B. L.R. II, 9 § 21 II; 18 § 1 II, 21 § 2) sagen, der Verkäufer, Schenker, ein Pacisrent überhaupt sey gehalten und anzuhalten den Vertrag zu erfüllen; s. z. B. Griesinger Comm. üb. d. Württ. Landr. Bd. II, S. 577 und die dort Angeff. Allein diese Stellen beweisen an sich noch nichts für die Execution. Auch die Pandectenstellen sagen das Gleiche und doch war nach Pandectenrecht nur eine Execution auf Geld zuläßig. Auch Rümelin in einer diesen Fragen gewidmeten Abh. in Sarweys Monatsschr. II, S. 380 f. übersieht die eigentlich beweisenden in der Note 18 angef. Stellen.

19) D. XLII, 1 de re jud. l. 15 § 2. Nur setzt das Landrecht statt der viermonatlichen Frist, welche der Verurtheilte nach Röm. Recht zur Zahlung hatte, eine einmonatliche fest. L.R. I, 55 § 3.

20) Mit Ausnahme der Werkzeuge, welche der Künstler und Handwerker zu seiner und der Seinigen Ernährung nöthig hat und beim Bauern seines Zugviehes Wagens Karrens Pflugs und was dazu gehört, beim Weingärtner der Haue des Bickels Karsts und anderem drgl., ferner der nothwendigen Kleidung und des Bettes des Schuldners und seiner Angehörigen und seines Gewehres und Harnisches; L.R. I, 75 § 5. 6. Vrgl. auch mein Handbuch Bd. I, § 83 Nt. 6.

21) L.R. I. 75 § 3—10, § 21, 22. Das Verfahren bei der Veräußerung ist das in meinem Handb. Bd. I, S. 605 f. beschriebene. Vrgl. L.R. I, 75 § 22.

22) L.R. I, 75 § 9. Ueber die Personalhaft nach gemeinem Deutschem Recht vrgl. Francke im civilist. Arch. XXIII S. 404 f.

Weit ausführlichere Bestimmungen über die Execution enthält das Württemb. Executionsgesetz v. 1825 Art. 26—81 [23]. Nur geht es dabei in Betreff des anzuwendenden Zwanges wohl zu weit. Es setzt nicht nur mit Recht den Grundsatz voraus, daß der Richter den unterliegenden Beklagten zu der Leistung, wie er sie an sich schuldig ist, zu verurtheilen habe (also eine Verurtheilung aufs Interesse, wie nach Justinianischem Recht, nur in Fällen der S. 24 bemerkten Art zulässig sey), sondern geht dabei noch weiter von dem Grundsatze aus, daß durch die Execution stets die Verwirklichung dieser Leistung möglichst zu bewerkstelligen sey. Hiernach bestimmt es Folgendes:

1. Ist eine bestimmte bewegliche oder unbewegliche Sache zu leisten: so ist auf Anrufen des Siegers dem unterliegenden Besitzer die Sache wegzunehmen und dem Sieger zu übergeben (Execut.G. Art. 28, 29, 88). Auf den Zweck der Leistung kommt es nicht an; jener Zwang findet statt, mag eine dem Kläger gehörige Sache herauszugeben (wie bei der Eigenthumsklage) oder zurückzugeben (wie bei der Klage aus den Leih- Hinterlegungs- und Vermieth-Verträgen) oder blos vorzuzeigen (act. ad exhibendum) oder dem Kläger eine Sache ins Eigenthum zu übertragen oder ihm an ihr (wenn z. B. ein Miether klagt) ein Gebrauch zu verstatten seyn [24]. Hiernach leidet es namentlich keinen Zweifel, daß der Käufer Zwangsherausgabe der gekauften Sache verlangen kann; in einem solchen Falle überträgt dann das Gericht durch Uebergabe der Sache auf den Kläger das Recht, welches der Beklagte auf ihn übertragen konnte und sollte, wie dieß auch bei der Auspfändung vorkommt, wenn das Gericht Sachen des Gepfändeten verkauft. Erst wenn die Wegnahme der Sache nicht bewirkt werden kann (oder die S. 24 unt. bemerkten Fälle vorhanden sind) tritt Entschädigung in Geld ein (Exec.G. Art. 28).

2. Das Gleiche gilt, wenn eine unbestimmte bewegliche

---

23) Vrgl. hierüber v. Bolley Entwürfe z. e. Civilproz.O. Bd. II S. 522 f. Rümelin in Sarweys Monatsschr. Bd. II S. 382—388.

24) Dieß geht aus der allg. Sprache des Exec.G. Art. 28, ferner Art. 88 Abs. 2 und der Rubrik vor Art. 26 (Leistungen) hervor. Vrgl. auch Bolley Civilproz.O. II S. 524, 613.

Sache (z. B. eine Quantität Frucht gewisser Güte) zu leisten ist und der Schuldner solche Sachen besitzt [25].

3. Verfolgt der Kläger an der Sache des Beklagten ein beschränkendes dingliches Recht: so ist das den Beklagten verurtheilende Erkenntniß durch Einweisung des Klägers in die Ausübung des Rechts zu vollziehen. Handelt es sich erst von der (durch eine persönliche Klage verfolgten) Bestellung des dinglichen Rechts: so gilt das Gleiche, nur vertritt hier wieder (wie bei einer Klage aus Kauf, Schenkung ꝛc. auf Uebergabe der Sache) der exequirende Richter die Stelle des zur Bestellung des Rechts Verurtheilten; er bestellt für ihn das Recht (Exec.G. Art. 29).

4. Ist der Gegenstand der Klage und des Urtheils nicht eine Sachleistung (Nr. 1—3 und nachher Nr. 5) sondern a. eine bloße Unterlassung: so kann bei einer gegründeten Besorgniß des Ungehorsams für den Fall desselben eine nach den Umständen in ihrer Größe zu bestimmende Geld- oder Gefängnißstrafe angedroht und vollzogen und bei fortgesetztem Ungehorsam diese Strafe bis auf das Doppelte erhöht werden (Exec.G. Art. 26; in jedem Falle hier Gefängnißstrafe zuzulassen, geht wohl zu weit, um so mehr als das Gesetz gar kein Maaß der einfachen und verdoppelbaren Strafe bestimmt). Natürlich kann der Kläger außerdem den durch den Ungehorsam ihm zugefügten Schaden, sein Interesse in dieser Beziehung, ersetzt verlangen (Ebendas. Art. 28). „Ueberdieß — fügt das Gesetz bei — bleibt bei beharrlichem Un-

---

25) Exec.G. Art. 28 a. E. Bolley a. a. O. S. 524. Zu sehr beschränkt hier Rümelin S. 385. Dagegen geht er von einer anderen Seite zu weit, wenn er meint, nach Analogie des Art. 27 seyen für den Kläger, wenn sich Sachen der schuldigen Art beim Beklagten nicht vorfinden, solche Sachen auf Kosten des Beklagten von Gerichtswegen zu erkaufen. Die anomale Bestimmung des Art. 27, welcher von Ausführung „einer Arbeit“ durch „einen Dritten“ spricht (Not. 27), kann nicht ausgedehnt werden, vollends nicht in dieser Weise, durch die das Gericht auf eine ganz ungeeignete und mißliche Weise behelligt würde. In solchen Fällen können nur die unter Nr. 5 angef. Executionsmittel eintreten, also wenn der Pfeffer nichts hilft oder nicht anwendbar ist, Execution auf den Werth der Leistung und das Interesse. Ueber eine andre unrichtige Ansicht Rümelins bei Gelegenheit des Art. 28 vrgl. oben Heft 1 S. 219. Not. 57.

gehorsam der Executionsbehörde unbenommen, durch Cautionsauflage, persönliche Haft (wie lange?) oder andere Maaßregeln, welche die Fortsetzung des Ungehorsams unmöglich machen, einzuschreiten", eine Bestimmung welche wohl zu unbestimmt ist und der Behörde zu viel einräumt. b. Bei einem anderweiten positiven Thun (das Gesetz Art. 27 bezeichnet dasselbe durch Arbeitverrichten) soll gegen den Widerspenstigen der Presser (d. h. Das, was die gemeinrechtlichen Schriftsteller durch Einlegung einer Wache bezeichnen) angewendet werden [26]. Ist dieß fruchtlos: so kann der Kläger nach seiner Wahl Ersatz des Interesses oder Ausführung der Handlung durch einen Dritten auf des Beklagten Kosten verlangen [27]. Läßt sich aber weder das Eine noch das Andere durchführen (z. B. wegen Unvermögenheit des Beklagten) oder hat es für den Kläger besonderen Werth daß der Beklagte die Handlung selbst verrichte: so soll der Beklagte durch dieselben Zwangsmittel, welche im Falle von a. zulässig sind, zur Leistung angehalten werden. Auch hier gibt das Gesetz gar kein Maaß, namentlich kein Maaß für die „persönliche Haft" bei „beharrlichem Ungehorsam," und gerade hier bei positiven Handlungen würden solche maaßlose Zwangsmittel, die man consequenterweise auch fortsetzen müßte, wenn die Arbeit schlecht verrichtet wird, gar zu weit führen. Der Richter wird am Besten thun, hier nur ein mit dem Werthe und der relativen Wichtigkeit der Arbeit im Verhältniß stehendes Zwangsmittel anzuwenden und bei dessen Fruchtlosigkeit aufs Interesse zu erkennen.

5. Bei Geldschulden, und also auch bei den Verbindlichkeiten, welche wie die Interessesforderungen in Geldschulden sich auf-

---

26) Exec.G. Art. 27. Das Gesetz bezeichnet die Einlegung des Pressers auch, wohl nicht ganz passend, durch Personal-Execution.

27) Das Letztere ist wohl nicht zu billigen (wird aber auch von den gemeinrechtlichen Prozeßualisten gelehrt s. z. B. S. 22). Denn warum soll das Gericht hier für die Arbeit durch einen Dritten sorgen? Dieß geht über seine Obliegenheiten hinaus. Das Natürlichste ist, dem Kläger den vollen Geldwerth der Arbeit im Wege der Execution zu verschaffen, und ihn dann selbst dafür sorgen zu lassen, ob und wie er sich von einem Dritten die Handlung ausführen lassen will. Nur da, wo Etwas wegzunehmen oder zu vernichten ist, wie bei unbefugten Bauten, sollte das Gericht selbst die Demolition ꝛc. vornehmen lassen.

lösen!“[28], sind nach dem Ermessen des Richters, welchem aber das Gesetz noch einige besondere Bestimmungsmomente gibt, als Executionsmittel zu wählen der Pfesser (Exec.G. Art. 81), Pfändung beweglichen Vermögens (Art. 36—41), Beschlagnahme von Forderungen — wobei die Forderung selbst dem Kläger an Zahlungsstatt zuerkannt (Art. 42) oder zur Befriedigung des Klägers veräußert werden kann, — Beschlagnahme von Gutseinkünften des laufenden Jahres (Art. 43), Sequestration von Liegenschaften d. h. Einweisung (Immission) des Gläubigers in den Besitz solcher Liegenschaften über deren Substanz der Schuldner nicht verfügen kann mit dem Rechte, sich aus den Früchten bezahlt zu machen, und der Verpflichtung, das Gut sorgfältig zu verwalten (Art. 44—48) und endlich Wegnahme und Verkauf von Liegenschaften (Art. 49—80).

Schon aus dem hier Ausgeführten ergibt sich, daß eine Menge Stellen des Corpus Juris durch diese Grundsätze, welche das heutige Recht (das gemeine Deutsche und das Württemb.) abweichend vom Römischen (namentlich vom älteren) über das Verhältniß des Urtheils und der Execution zum eingeklagten Recht aufstellt, bei uns ganz unanwendbar werden. Wirklich greift auch diese Rechtsänderung tiefer ein, als selbst noch in der neueren Zeit zum Theile angenommen wird.[29]

---

28) Ebenso bei Leistungen von Sachen, die blos der Gattung oder Quantität nach bestimmt sind, wenn solche Sachen sich beim Beklagten nicht vorfinden: s. Not. 25.

29) Vrgl. z. B. unten Erört. XI. Not. 119 u. S. Erört. XIII. Not. 64.

Zehnte Erörterung.

Die Röm. Klagformeln und die damit zusammenhängenden Verschiedenheiten der Klagen (formulae in jus conceptae, actiones in factum; utiles, praescriptis verbis etc.).

Gewöhnlich werden auch noch bei uns für viele Klagen Röm. Bezeichnungen und Benennungen gebraucht, welche ihre eigentliche Bedeutung ganz verlohren haben. Um aber die Bedeutung, welche jenen Bezeichnungen im Röm. Rechte zukam, gehörig einzusehen und um sich über die Bedeutung, welche ihnen in unsrem Rechte zu geben ist, nicht zu täuschen, muß man auf ihren Ursprung, der im Röm. Formularprozesse liegt, etwas näher eingehen. Deßhalb hierüber das Folgende zum Zwecke dieses Verständnisses.

Die möglichen Hauptbestandtheile der Klagformel und Instruction, welche im Formularprozesse der Magistrat dem Juder gab (S. 5), waren außer der Bestellung des Juder (N. N. judex esto) eine kurze Bezeichnung des Verhältnisses, von welchem es sich handelte (der res de qua agitur), mit einer Andeutung der juristischen Benennung des Rechtsverhältnisses und der nach ihm benannten Klage (demonstratio) [1], sodann die Bezeichnung des

---

1) Z. B. Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit oder ... Numerio hominem vendidit oder ... de Numerio hominem stipulatus est, Gajus IV, § 40, 136, 137. Ueber

Anspruches, welchen der Kläger verfolgen will, und dessen Begründetseyn die Bedingung der Verurtheilung des Beklagten bildet (intentio) [2], endlich die Anweisung an den Judex, je nachdem er die intentio des Klägers begründet finde oder nicht, den Beklagten zu verurtheilen oder loszusprechen (condemnatio), bei Theilungsklagen noch die Anweisung zur Adjudication (adjudicatio) [3]. Uebrigens kamen nicht immer alle diese Theile in einer Formel vor, z. B. die formulae in factum conceptae (s. unten) hatten blos eine intentio und condemnatio, die praejudicia blos eine intentio; diese Letztere konnte natürlich bei keiner Formel fehlen [4].

Auf diese Formeln bezogen sich folgende Verschiedenheiten,

---

praescriptiones pro actore, nähere Bestimmungen und Beschränkungen im Interesse des Klägers, welche bei der demonstratio nach Umständen nöthig waren, s. unten Grött. XII nach Note 17.

2) Ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit; z. B. quidquid paret, Nm. Ao. ob eam rem dare facere opportere oder si paret, Nm. Ao. sest. X. millia dare opportere, si paret hominem Ai. esse u. s. w. Gajus IV, 41. Die Intentio war der wesentliche Theil jeder Klage, nach welchem sich die Natur der Klage bestimmte; deßhalb beziehen sich auch beinahe alle Eintheilungen der Klagen auf die Verschiedenheit der Intentio.

3) Z. B. Quod Aulus Numerio hominem Stichum vendidit (Demonstratio), quidquid ob eam rem Nm. Ao. dare facere oportet ex fide bona (Intentio), ejus judex Nm. Ao. condemnato, si non paret absolvito (Condemnation); oder bei einer Eigenthumsklage: si paret hominem Stichum ex jure Quiritium Auli esse, neque ea res Ao. restituetur (Intentio): quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm. Ao. condemna, si non paret absolve (Condemnatio). Gajus IV, § 42, 43, 47, 51. Vgl. auch überhaupt Keller Die Litis-Contestation § 33 S. 248 f. Savigny System Bd. V § 214 Puchta Instit. II § 164 f.

4) Gajus IV, 44 Savigny V S. 68 Puchta II § 167. Von einzelnen ganzen Klagformeln gibt uns Gajus nur wenige Beispiele, z. B. IV, 47. Gar häufig aber versuchen unsre Schriftsteller für einzelne Klagen die uns unbekannten Formeln zu bilden, wie sie wohl bei den Römern gelautet haben mochten (so um nur Einen anzuführen Unterholzner Lehre v. d. Schuldverhältnissen z. B. Bd. I, S. 355). Solche mißliche und in so ausgedehnter Beziehung unfruchtbare Versuche sind nicht selten entschieden mißglückt (wie bei Unterholzner a. a. O.), was freilich älteren Juristen, welche ähnliche Versuche machten, noch häufiger und gröber passirte (s. z. B. die Fälle bei Glück Bd. XIII, S. 303 Not. 97), weil sie noch keinen Gajus hatten.

die für die Klagen überhaupt von Einfluß waren und an die sich die berührten, auch jetzt noch zum Theile gebräuchlichen, Benennungen verschiedener Klagen anknüpften:

1. Formulae in jus und in factum conceptae. Diese Verschiedenheit bezog sich auf die Fassung der Intentio. Bei den formulae in jus conceptae wurde der Judex lediglich auf das bestehende Civilrecht verwiesen, und er angewiesen und ihm überlassen, nach dem ihm bekannten geltenden objectiven Rechte über die Existenz des in Anspruch genommenen Rechts zu entscheiden, ohne ihm die factischen Bedingungen desselben genauer zu bezeichnen z. B. bei der Eigenthums- und der Servitutenklage wurde dem Judex überlassen, lediglich nach dem bestehenden Recht zu entscheiden, ob dem Kläger das eingeklagte Recht zustehe, ohne ihm die factischen Bedingungen dieser Entscheidung nahmhaft zu machen; die Formel lautete daher ganz allgemein: Si paret, fundum Auli esse oder si paret, Aulo esse jus aquam ducendi (Intentio), quanti ea res est u. s. w. condemna, si non paret absolve; ebenso bei persönlichen Klagen mit einer juris intentio z. B. si paret, Nm. Ao. sestertium X millia ex stipulatu dare oportere, judex Nm. Ao. sest. X millia condemna etc. [5]. Bei den formulae in factum conceptae dagegen wurde dem Richter nicht überlassen, lediglich nach dem bestehenden Rechte über den Anspruch des Klägers zu entscheiden, sondern es wurden ihm in der Intentio die Thatsachen genau bezeichnet, auf deren Ermittlung es zunächst ankomme, also die factischen Bedingungen, unter welchen der Magistrat das angesprochene Recht für begründet halte, speziell namhaft gemacht, damit er sich an diese halte und, je nachdem sie erwiesen würden oder nicht, verurtheile oder absolvire, z. B. si paret, Aulum apud Nm. mensam deposuise eamque dolo malo Nii. Ao. redditam non esse (Intention), — quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm. Ao. condemnato; si non paret, absolvito [6]. Bei diesen letzteren formulae fam

---

5) Gajus IV § 45 und die Beispiele bei Demſ. § 37, 42. 47. Vrgl. auch Not. 3 und Erört. XI nach Note 2.

6) Gajus IV, 45—47. Natürlich beschränkte sich bei der form. in factum die Thätigkeit des Judex nicht blos auf Ermittlung jener Thatsachen; diese

eine besondere von der intentio getrennte demonstratio nicht vor, eben weil das Factische schon in der intentio selbst enthalten war [7].

Formulae in jus conceptae wurden gegeben, wenn solche Rechtsverhältnisse Gegenstand der Klage waren, welche ihre feste Begründung und Anerkennung im Civilrecht im engeren Sinne hatten (intentio juris civilis); war dieß nicht der Fall: so wurde die Formel in factum concipirt [8]. Deßhalb hatten

---

waren nur die Bedingungen der Statthaftigkeit der Klage an sich; fand er sie wirklich begründet: so hatte er im Uebrigen unter Beachtung der gegenseitigen Ansprüche der Partheien und der Einwendungen des Beklagten seine Entscheidung nach den in der Instruction nicht weiter bezeichneten Grundsätzen des bestehenden Rechts zu geben.

7) Manche glauben, diese Intentio bei der form. in factum sey gar keine Intentio sondern eine bloße Demonstratio gewesen, an die sich unmittelbar die Condemnatio angereiht habe. Allein dieß ist entschieden irrig. Ohne Intentio läßt sich gar keine Klagformel denken, und Gajus nennt jenen Theil der form. in factum geradezu intentio. Gajus IV § 60 a. E. § 46, vrgl. mit § 44, 47 a. E. Vrgl. auch G. E. Heimbach in d. Gießner Zeitschr. XI S. 287 f. Savigny System. V. S. 79.

8) In manchen Fällen (z. B. beim Depositum und Commodat) war für eine und dieselbe civilis actio eine formula in jus oder eine formula in factum concepta gegeben. Gajus IV, 47. Ueber den Grund hiervon wissen wir nichts Gewisses und die Ansichten sind daher darüber sehr verschieden. Natürlich liegt der Grund in eigenthümlichen praktischen Folgen und Verschiedenheiten, welche jede dieser Formeln hatte. Nur kennen wir wohl nicht genau alle diese Verschiedenheiten. Eine führt Gajus IV, 107 an (s. unt. Erört. XII nach Not. 3 und 7); eine andre lag darin, daß Hauskinder auf eigenen Namen und selbstständig nicht mit einer form. in jus, wohl aber mit einer form. in factum concepta klagen konnten (D. XLIV, 7 de O und A. l. 9, 13) und Manche vermuthen daher, daß jene doppelten Formeln aufgestellt würden, um den Hauskindern für manche Fälle die Möglichkeit eines selbstständigen Klagrechts zu verschaffen z. B. Mühlenbruch Lehr. v. d. Cession § 15 Not. 313 und nun auch Savigny System, V S. 84. Andere nehmen noch andere Verschiedenheiten zwischen beiden Formeln, woraus sie die Sache erklären, an, die aber zum Theil nicht erwiesen sind, wie z. B. die Hypothese von Puchta (unten Erört. XI Not. 105), oder entschieden unrichtig sind, wie z. B. die von Burchardi Lehrb. Th. II S. 138, daß bei der form. in factum die Nachtheile einer Pluspetition vermieden worden seyn (Burchardi scheint die Stelle bei Gajus IV, 60 übersehen zu haben) oder die von Savigny V S. 86 widerlegte Meinung, daß nur eine form. in factum concepta, nicht aber einer form. in jus conc. auf ein restituere etc. als arbitraria actio habe behandelt werden können.

eine form. in jus concepta blos die actiones civiles d. h. die aus dem Civilrecht in e. S. entspringenden Klagen, und solche prätorische Klagen, welche in einer analogen Anwendung einer civilrechtlichen Klage bestanden und durch eine in der Formel ausgedrückte Fiction auf eine juris civilis intentio gestützt waren [9]; die übrigen prätorischen Klagen waren stets in factum conceptae, wohl deßhalb weil hier der Magistratus nicht auf ein civilistisch anerkanntes schon fest bestehendes klagbares Recht verweisen konnte, sondern das klagbare Recht erst als ein durch seinen Ausspruch und seine Macht festzustellendes und geschütztes erschien [10].

Mit diesen formulae in factum conceptae stehen die actiones in factum, welche in Justinians Rechtsbüchern so häufig vorkommen und deren Bezeichnung auch unsre heutige Rechtstheorie noch vielfach gebraucht, wesentlich in Verbindung.

Im Allgemeinen sind in factum actiones Klagen mit einer formula in factum concepta, welche durch den Magistratus zur Erweiterung und Ergänzung des praktischen Rechts für Rechtsverhältnisse allmählig eingeführt wurden, für welche bis dahin eine Klage nicht bestand. Die Ergänzung und Erweiterung des practischen Rechts konnte geschehen theils durch analoge Anwendung einer alten Civilklage in der Form einer fictitia actio, d. h. mittelst einer durch eine Fiction vermittelten formula in jus concepta (die eigentlichen utiles actiones, s. Nt. 9); hier gehörte dann die Klage nicht zu den in factum actiones, weil ihre Formel in jus concepta war. Oder konnte jene Ergänzung und Erweiterung dadurch geschehen, daß für den vorkommenden einzelnen Fall eine seinen factischen Verhältnissen entsprechende

---

9) Gajus IV, 34—38. Die Letzteren sind solche utiles actiones, bei welchen in der Formel selbst eine vermittelnde Fiction ausgedrückt war (fictitiae actiones) vrgl. die Beispiele bei Gajus, *l.* c. auch Ulpiani fragm. XXVIII, 12. Es gab aber auch utiles actiones, bei welchen in der Formel die Fiction, auf der die Ausdehnung der directa actio beruhte, nicht ausgedrückt wurde; diese waren dann in factum concipirte utiles actiones. Note 11.

10) Mühlenbruch Cession S. 156 Bethmann-Hollweg Prozeß S. 386 Savigny System Bd. V S. 80.

formula in factum conceptа verfaßt und gegeben wurde, fehlte nun, daß die Klagbarkeit des Verhältniſſes nach Analogie eines ſchon beſtehenden klagbaren Rechts anerkannt wurde (utilis actio im weiteren Sinne; die Klage war hier in factum utilis) [11]; oder daß eine ſolche beſtimmte Analogie nicht eintrat, für welchen Fall man dann die Klage in factum actio im engeren Sinne nennen kann.

Solche in factum actiones, welche alſo inſofern identiſch ſind mit den formulae in factum conceptae [12], waren Anfangs nicht feſtſtehend, ſondern wurden zunächſt blos für den einzelnen Fall nach dem jedesmaligen Ermeſſen des Magiſtratus gegeben und bildeten inſofern einen Gegenſatz zu den vulgares actiones, den hergebrachten mit feſten Formeln verſehenen Klagen (proditа judicia); bei häufiger Wiederkehr des Falles aber wurden ſie als ſelbſtſtändige Formeln in das prätoriſche Edict aufgenommen [13] und wohl auch durch beſondere Namen bezeichnet, bald nach dem Prätor, der ſie einführte (z. B. Serviana actio), bald nach ihrem Entſtehungsgrunde, wie doli actio, quod metus causa actio u. ſ. w.

---

11) Vergl. Savigny a. a. O. S. 95 Nt. f. (nur nimmt Savigny S. 94 utilis actio wohl in einem zu weiten Sinne). In den letzteren im Texte angeff. Fällen wird aber die Klage gewöhnlich nicht durch utilis bezeichnet, wie z. B. bei der nach Analogie der actio ex lege Aquilia eingeführten in factum actio. Bisweilen wurde bei der analogen Erweiterung einer und derſelben Civilklage für manche Fälle eine fictitia formula in jus concepta gegeben, alſo eine actio utilis im engeren Sinne, für andere ähnliche Fälle eine formula in factum concepta, alſo eine in factum actio der im Texte angef. Art; ſo bei gewiſſen Erweiterungen der lex Aquilia; J. IV, 3 de l. Aquil. § 16. Ueber utiles actiones, welche durch die Imperatoren eingeführt wurden, vrgl. Mühlenbruch Ceſſion § 15 S. 169 f.

12) Vrgl. beſonders Savigny a. a. O. S. 92 f. (auch Gajus IV, 107). Auch hierüber ſind übrigens die Anſichten verſchieden; ſ. z. B. Mühlenbruch Ceſſion § 15 S. 158 f., von deſſen Ausführung Savigny mit Recht ſagt, daß ſie in zu viele und ſubtile Unterſcheidungen verfalle, wie ſie die Röm. Quellen nicht machen.

13) Dadurch wurden ſie vulgares actiones, ohne aber aufzuhören, in factum actiones zu ſeyn, indem ſie ihre formula in factum concepta beibehielten; vrgl. Mühlenbruch Ceſſion S. 158 (der aber in Anderem hier abweichend iſt) Savigny a. a. O. S. 92, 93.

Uebrigens gab es auch in factum actiones, welche nicht eine formula in factum concepta hatten, sondern eine formula in jus concepta, bei welchen also in factum actio nicht identisch war mit formula in factum concepta [14]. Es sind dieß die praescriptis verbis actiones [15]. Die Klagbarkeit der s.g. Innominatcontracte, wenn der eine Theil geleistet hatte, stützte sich auf das Civilrecht im engeren Sinne (auf ein durch die Doctrin veranlaßtes Gewohnheitsrecht); sie gründete sich auf eine durch das Civilrecht eingeführte analoge Erweiterung der Klagbarkeit benannter Contracte [16], und die betreffende Klage hatte somit eine juris civilis intentio, eine formula in jus concepta. Da aber der Vertrag keinen Kunstnamen hatte und eine fest hergebrachte Klage (actio vulgaris) für den Fall an sich nicht anwendbar war: so reichte hier die allgemeine demonstratio (S. 34) nicht hin und es wurde deßhalb in der Formel statt einer solchen demonstratio eine genaue und ausführliche Angabe des Factums, um das es sich handelte, der intentio vorangeschickt (praescribebantur verba, praescriptis verbis res gesta demonstrabatur) und dann dieser praescriptio die unbestimmt gefaßte juris civilis intentio und condemnatio angehängt (quidquid Nm. ob eam rem dare facere oportet ex fide bona, ejus judex Nm. Ao. condemnato u. s. w.). Hieraus erklären sich vollkommen die verschiedenen Benennungen, welche für diese Klasse von Klagen vorkommen, die Namen praescriptis verbis actio wegen jener praescriptio [17], oder in factum actio wegen der in der praescriptio enthaltenen ausführlichen Angabe

---

14) Man muß hiernach zwei Hauptclassen der in factum actiones unterscheiden: die honorariischen, vom Magistrat eingeführten, mit formula in factum concepta und die civilen, auf das Civilrecht gegründeten, mit einer durch eine praescriptio eingeleiteten formula in jus concepta.

15) Ueber diese Klagen vrgl. Zimmern Rechtsgesch. III § 54, 55 Mühlenbruch Cession § 15 S. 158 f. den jüngeren Hasse im Rhein. Mus. Bd. VI S. 41 f. G. E. Heimbach in Gießner Zeitschr. Bd. XI S. 289 f. Elvers in seiner Themis Neue Folge Bd. I S. 333 f. und besonders Savigny System. Bd. V § 217 S. 96.

16) D. XIX, 5 de praescript. verb. act. *l.* 5 § 1. 2. 4 *l.* 20.

17) D. *l.* c. *l.* 19 *l.* 2 *l.* 5 § 2, 3 *l.* 7 *l.* 15 *l.* 17 pr. *l.* 20. 26.

des Thatsächlichen [18], civilis actio weil die Klage im Civilrecht begründet war, sie eine juris civilis intentio hatte [19], oder civilis in factum actio wegen der Verbindung der beiden letztgenannten Beziehungen [20], oder incerti actio, civilis incerti actio wegen der unbestimmten Fassung der intentio [21].

Mit dem Untergange des Formularprozesses verschwanden natürlich die practischen Beziehungen und Bedeutungen der Benennungen der angeführten Klagen, und so sind sie auch bei uns practisch an sich völlig bedeutungslos (abgesehen von dem Ausdrucke utilis actio s. S. 42). Wie aber doch auch im späteren Röm. Rechte diese Benennungen beibehalten wurden, weil nun

---

18) D. *l.* c. *l.* 22, 24, 13 § 1.

19) D. *l.* c. *l.* 5 § 2 *l.* 8, 15.

20) D. *l.* c. *l.* 1 § 1, 2 *l.* 5 § 2 *l.* 16 pr.

21) D. *l.* c. *l.* 6, 8, 9, 16 pr. ll, 14 de pact. *l.* 7 § 2. Ob auch das Prädicat utilis actio für diese Klagen gebraucht wurde, darüber sind die Ansichten wieder sehr verschieden, besonders in Beziehung auf C. II, 4 de transact. cst. 6, welche von einer utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstret, spricht. Für diese Benennung könnte man anführen, daß die durch das Civilrecht vermittelte Klagbarkeit in den genannten Fällen sich hier wenigstens ursprünglich an die Analogie gewisser benannter Contrakte anschloß (Not. 16). Nur darf man in der cst. 6 cit. das utilis natürlich nicht auf die in der Stelle vorher erwähnte actio ex stipulatu beziehen. Auch würde hier die Analogie eine mehr allgemeinere seyn und nicht eine unmittelbare analoge Anwendung der Klage aus dem verwandten benannten Contract mit ihren Eigenschaften auf den unbenannten Contrakt; z. B. die actio praescriptis verbis beim Tausche ist nicht eine actio emti utilis, sondern der Tausch ist nur wegen seiner Verwandtschaft mit dem Kaufe durch das Civilrecht unter der Voraussetzung der vorangegangenen Leistung zu den klagbaren Geschäften gezogen werden. Mehr aber noch spricht für die Ansicht von Elvers a. a. O. S. 360 f., daß in der cst. 6 cit. die utilis praescriptis verbis actio bedeute eine spätere Ausdehnung der praescriptis verbis actio auf einen Fall, in welchem man früher die praescriptis v. a. nicht zugelassen hatte (vrgl. D. *l.* c. *l.* 5 § 3) also eine erweiterte, analog angewendete praesc. verb. act. Dieser Ansicht tritt auch Savigny System Bd. V S. 97 bei. Mühlenbruch dagegen (Cession § 15 Not. 319) will hier utilis actio im wörtlichen Sinne für den Gegensatz von inanis actio nehmen (eine statthafte, durchführbare Klage), was aber nicht angeht. Andere helfen sich mit Verbesserungen des Textes und wollen statt utilis setzen civilis, z. B. Heimbach a. a. O. S 299 f.

gehorsam der Executionsbehörde unbenommen, durch Cautionsauflage, persönliche Haft (wie lange?) oder andere Maaßregeln, welche die Fortsetzung des Ungehorsams unmöglich machen, einzuschreiten", eine Bestimmung welche wohl zu unbestimmt ist und der Behörde zu viel einräumt. b. Bei einem anderweiten positiven Thun (das Gesetz Art. 27 bezeichnet dasselbe durch Arbeitverrichten) soll gegen den Widerspenstigen der Pressier (d. h. Das, was die gemeinrechtlichen Schriftsteller durch Einlegung einer Wache bezeichnen) angewendet werden [26]. Ist dieß fruchtlos: so kann der Kläger nach seiner Wahl Ersatz des Interesses oder Ausführung der Handlung durch einen Dritten auf des Beklagten Kosten verlangen [27]. Läßt sich aber weder das Eine noch das Andere durchführen (z. B. wegen Unvermögenheit des Beklagten) oder hat es für den Kläger besonderen Werth daß der Beklagte die Handlung selbst verrichte: so soll der Beklagte durch dieselben Zwangsmittel, welche im Falle von a. zulässig sind, zur Leistung angehalten werden. Auch hier gibt das Gesetz gar kein Maaß, namentlich kein Maaß für die „persönliche Haft" bei „beharrlichem Ungehorsam," und gerade hier bei positiven Handlungen würden solche maaßlose Zwangsmittel, die man consequenterweise auch fortsetzen müßte, wenn die Arbeit schlecht verrichtet wird, gar zu weit führen. Der Richter wird am Besten thun, hier nur ein mit dem Werthe und der relativen Wichtigkeit der Arbeit im Verhältniß stehendes Zwangsmittel anzuwenden und bei dessen Fruchtlosigkeit aufs Interesse zu erkennen.

5. Bei Geldschulden, und also auch bei den Verbindlichkeiten, welche wie die Interessesforderungen in Geldschulden sich auf-

---

26) Exec.G. Art. 27. Das Gesetz bezeichnet die Einlegung des Pressers auch, wohl nicht ganz passend, durch Personal-Execution.

27) Das Letztere ist wohl nicht zu billigen (wird aber auch von den gemeinrechtlichen Prozeßualisten gelehrt s. z. B. S. 22). Denn warum soll das Gericht hier für die Arbeit durch einen Dritten sorgen? Dieß geht über seine Obliegenheiten hinaus. Das Natürlichste ist, dem Kläger den vollen Geldwerth der Arbeit im Wege der Execution zu verschaffen, und ihn dann selbst dafür sorgen zu lassen, ob und wie er sich von einem Dritten die Handlung ausführen lassen will. Nur da, wo Etwas wegzunehmen oder zu vernichten ist, wie bei unbefugten Bauten, sollte das Gericht selbst die Demolition ꝛc. vornehmen lassen.

BIBLIOTECA DOBLHIANA

Eilfte Erörterung.

Einfluß der Verschiedenheit der Klagen auf die Freiheit der richterlichen Behandlung und Beurtheilung; actiones stricti juris (condictiones) und bonae fidei [1].

Durch das Röm. Rechtssystem zieht sich eine Grundverschiedenheit der Klagen nach der größeren oder beschränkteren Freiheit der richterlichen Behandlung und Beurtheilung des Rechtsverhältnisses. Am Schärfsten trat sie hervor bei civilrechtlichen Obligationen, bei persönlichen in jus concipirten Klagen, und hier wurde sie auch durch eine eigenthümliche Bezeichnung der zu den verschiedenen Classen gehörenden Klagen noch besonders ausgedrückt, durch die Bezeichnung stricti juris actio oder condictio und bonae fidei actiones.

I.

Die Röm. Eintheilung der Klagen in stricti juris und bonae fidei actiones nämlich bezieht sich blos auf persönliche Klagen und nur auf solche, welche in jus conceptae waren, eins inten-

1) Ueber diesen Gegenstand sind nun vornämlich zu vergleichen die trefflichen Abhandlungen von Savigny System Bd. V § 218—220 und Beil. XIII, (stricti juris, bonae fidei actiones) ferner Beil. XIV (die Condictionen). Außerdem s. auch Puchta Institut. Bd. II § 165. Von den Vorarbeiten aus früherer Zeit sind namentlich zu erwähnen Ed. Gans Ueber Röm. Obligationenrecht Heidelb. 1819 S. 9—135 Mühlenbruch in den Heidelberger Jahrbb. von 1821 S. 47 f. Zimmern Gesch. d. Röm. Privatr. Bd. III 1829 § 56—63.

tio juris civilis (S. 36) hatten [2]. Die Verschiedenheit zwischen diesen beiden Gattungen von Klagen zeigte sich äußerlich unmittelbar und zunächst in der Fassung der Klagformel. Bei den persönlichen Klagen mit einer formula in jus concepta wurde der judex durch die Prätorische Instruction, durch die formula, überhaupt angewiesen, über die vom Kläger behauptete Verpflichtung des Beklagten nach dem bestehenden Rechte zu entscheiden; die intentio der Formel ging hier stets auf ein oportere des Beklagten, soweit es im Civilrechte begründet sey, und die Formel wies den Judex an, wenn er diese intentio nach dem bestehenden Rechte begründet finde, den Beklagten zu verurtheilen — si paret, Nm. X millia dare oportere (Intentio), judex Nm. X millia condemna oder quidquid ob eam rem Nm. dare facere oportet (Intent.), ejus Nm. condemna, si non paret absolve. Hierbei wurde nun bei manchen persönlichen Klagen dem Judex noch vorgeschrieben, bei seiner Entscheidung alles Das zu berücksichtigen, was die allgemeinen anerkannten Rechtsgrundsätze (aequitas [2a]), der wahre wenn auch nicht in Worten ausgedrückte Sinn des Geschäfts und die gegenseitigen Beziehungen Verhältnisse und Ansprüche der Parthieen mit sich bringen. Dieß geschah dadurch, daß der intentio die Worte ex fide bona oder ähnliche [3] beigefügt wurden, z. B.: Quod A. A. apud N. N. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur (demonstratio), quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona, ejus judex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato etc. (Gajus IV, 47). In solchen Fällen, bei welchen der formula in jus concepta die Anweisung beigefügt wurde, in freierem Ermessen Das bei der Entscheidung zu berücksichtigen, was die bona fides mit sich bringt, hieß die Klage

---

2) Ob blos auf persönliche Klagen aus Rechtsgeschäften (Contracten und contractsähnlichen Rechtsverhältnissen), wie Savigny annimmt, oder auf persönliche Klagen mit einer juris civilis intentio überhaupt, also auch auf civile Delictsklagen, darüber s. unten Not. 69.

2a) Vrgl. mein Handbuch Bd. II § 14.

3) Früher z. B. bei manchen Formeln quantum aequius melius oder ut inter bonos bene agier oportet; später wohl ganz allgemein ex fide bona. Savigny V S. 490.

eine bonae fidei actio. Hatte die formula in jus concepta einen solchen Beisatz nicht, wurde also der Juder nicht angewiesen, das Rechtsverhältniß ex fide bona zu beurtheilen, und lautete daher die civilistische intentio der Formel schlechtweg auf dare oportere oder dare facere oportere; so war die Klage eine stricti juris actio, ein strictum judicium, eine condictio [4]. Bei den bonae fidei actiones hieß der Juder, wie bei den freieren Klagen überhaupt (S. 6 Not. 10), eben in Beziehung auf das freiere Ermessen, welches ihm bei der Entscheidung solcher Klagen eingeräumt war, auch noch besonders arbiter, die Klage war ein arbitrium; bei den stricti juris actiones hieß

---

4) Gajus IV § 5, 62, 63 J. IV, 6 de act. § 28–30 Savigny V S. 588 f. Daß condictio bei den Römern eine stricti juris actio bedeutete, dieß haben schon Gans und Mühlenbruch nachgewiesen. Ganz überflüssig dürfte es aber vollends nach Savignys angeff. Ausführungen seyn, hierüber Näheres anzuführen; und ich verweise daher in dieser Beziehung lediglich auf Savigny namentlich S. 503 f. 573 f. 590 f. Nur ist es wie mehr als zweifelhaft, wenn Savigny den Kreis der stricti jur. actio auf persönliche Klagen aus Rechtsgeschäften beschränkt und die civilen Delictsklagen von ihm ausnimmt. Vrgl. unten Not. 69. Wenn manche Aeltere und auch noch Glück (z. B. Pandect. XIII, S. 8 f.) gar glaubten, die Condictionen seyen bonae fidei actiones gewesen: so ist dieß eine Ansicht, welche, wie Savigny S. 503 gewiß mit Recht bemerkt, eine besondere Widerlegung nicht verdient. — Der Ausdruck stricti juris actio (J. l. c. § 28) oder auch actio stricti judicii (D. XII, 3 de in lit. jur. l. 5 § 4) oder strictum judicium (J. l. c. § 30) kommt in den Röm. Quellen eben deßhalb seltener vor, weil man für sie auch den einfacheren Namen condictio hatte und dieser der ganz gewöhnliche und gebräuchliche war. Für condictio findet sich auch bisweilen der Ausdruck condictitia actio (z. B. J. III, 14 quib. mod. re § 1 D. XII, 4 de condict. causa dat. l. 7 pr.) oder actio condictionis (z. B. C. IV, 5 de condict. indeb. cst. 1) und natürlich auch der allgemeine Name actio ohne weiteren Beisatz. Gewöhnlich nimmt man unter Berufung auf J. de act. § 15 und D. XLIV, 7 de O. et A. l. 25 pr. an, in einem weiteren Sinne sey condictio für jede persönliche Klage gebraucht worden. Allein in der angef. Institutionenstelle sagt dieß Justinian doch nicht eigentlich (s. Not. 46) und was die l. 25 (aus Ulpianus) betrifft: so war dieß zur Zeit des classischen Röm. Rechts gewiß nicht Sprachgebrauch. Die Stelle aus Ulpian ist ohne Zweifel nicht rein auf uns gekommen. Vrgl. Savigny V S. 592, 593.

er blos judex (im engeren Sinne), die Klage war ein judicium im wahren Sinne [4a].

Daß die practischen Unterschiede zwischen diesen beiden Classen von Klagen bedeutend seyn mußten, ergibt sich schon aus dem vorhin Angedeuteten. Bei den Condictionen wurde das Rechtsverhältniß streng nach Dem beurtheilt, was lediglich aus den die Klage begründenden Thatsachen in ihrer Aeußerlichkeit, beziehungsweise aus den strictен Worten des betreffenden Rechtsgeschäfts folgte, und dem Judex genau vorgeschrieben, an was er bei seinem Urtheile sich zu halten habe; er war insofern in engere Schranken gebunden, über deren Grenzen hinaus er nicht gehen durfte, sollte auch die Beachtung anderer Rücksichten noch so sehr aus den allgemeinen Grundsätzen des bestehenden Rechts folgen, und auch die Instruction des Prätors mußte sich bei den Condictionen immer streng so zu sagen an die Aeußerlichkeit des Rechtsverhältnisses, den buchstäblichen Sinn des Rechtsgeschäfts und an die vom Beklagten bei ihm angebrachten Exceptionen halten. Kam es bei strictis judiciis wirklich zum Prozesse: so war der Judex in seinem Urtheile in der Regel an die Verhältnisse gebunden, wie sie sich zur Zeit der Litis-Contestation und durch diese gebildet hatten; spätere Aenderungen, wenn sie auch noch vor Fällung seines Urtheils eintraten, durfte er in der Regel nicht mehr beachten [5].

Bei den bonae fidei actiones dagegen hatte der Judex freiere Hand. Er wurde angewiesen, über die nach dem Civil-

---

4 a) Im weiteren Sinne wurde judex und judicium auch bei den b. f. actiones gebraucht (vrgl. S. 6) namentlich stets in der Formel selbst bei der Bestellung des Judex. Vrgl. Savigny V S. 104. Die arbitria, die freieren Klagen überhaupt mit einem arbiter (unt. Nr. V), sind wohl zu unterscheiden von den arbitrariae actiones (S. 18). Allerdings waren nur freie Klagen arbitrariae actiones, aber nur gewisse freie Klagen gehörten ihrer besonderen Richtung wegen zu den arbitrariae act. (S. 17).

5) Dieser allgemeine Grundsatz wird gewöhnlich bei der Entwicklung der Natur der str. jur. actiones nicht gehörig herausgehoben. Er ist aber gerade sehr wichtig und hatte eine Reihe der wichtigsten Eigenthümlichkeiten der str. jur. act. im Gegensatze zu den b. f. actiones zur Folge. Man vrgl. z. B. die folgenden Nr. 1, 9, 10. Eine Ausnahme von dem angef. Grundsatze s. Not. 17.

rechtl. bestehende Verpflichtung des Beklagten ex fide bona zu entscheiden. Allerdings hieß dieß nicht so viel, als ob er blos nach seinem individuellen Billigkeitsgefühle und seiner subjectiven Ansicht von Recht und Gerechtigkeit zu entscheiden gehabt hätte. Denn auch bei den bonae fidei actiones war der Richter an das bestehende positive Recht gewiesen und gebunden [5a]. Allein er hatte den Inhalt dieses Rechts auf das vorliegende Verhältniß anzuwenden mit besonderer Erwägung und Berücksichtigung aller concreten Beziehungen des Falles, der gegenseitigen Ansprüche und Verbindlichkeiten der Parthieen und aller rechtlich möglichen Einwendungen, wenn sie auch nicht schon von dem Prätor (in jure) besonders vorgebracht waren, sondern erst von ihm, dem judex, (in judicio) vorgebracht wurden, sonst die prätorische Instruction nicht besonders auf sie lautete. Ueberhaupt hatte er hier nicht blos auf den Standpunkt der Sache, wie er zur Zeit der Litis-Contestation war, zu sehen, sondern auch alle Veränderungen zu beachten, die sich bis zur Fällung seines Urtheiles zutrugen (vgl. Not. 5). Dabei hatte er sich nicht blos an die nackten unmittelbaren Folgen des die Klage begründenden Factums zu halten, das Rechtsgeschäft nicht blos nach seinem Buchstaben und seiner äußeren Erscheinung sondern nach seiner inneren juristischen Bedeutung und dem Sinne zu beurtheilen, in welchem es bei Festhalten an Treue und Glauben genommen werden mußte, und dasselbe nach diesen Gesichtspunkten und aus seiner allgemeinen rechtlichen Natur und den allge-

---

5a) Gerade in einer Stelle, welche vom officium judicis (Not. 8) handelt in J. IV, 17 de off. jur. pr. heißt es: inprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. Vrgl. auch Burchardi Lehrb. d. Röm. Rechts Th. II, 1843 S. 184. Nur ist es unrichtig, wenn Derselbe von den Condictionen sagt, daß bei ihnen „dem Judex vom Prätor nur bestimmte factische Fragen zur Beantwortung gestellt wurden, über die er gar nicht hinausgehen durfte, so daß „er diese lediglich durch sein Erkenntniß zu bejahen oder zu verneinen, aber mit „dem Rechtspunkt eigentlich nichts zu thun hatte.“ Die condictio war ja eine formula in jus concepta (S. 36), und um sich von der Unrichtigkeit jener Charakterisirung des strictum jus zu überzeugen, darf man nur eine Condictionsformel bei Gajus lesen.

meinen Grundsätzen der aequitas zu ergänzen [6]. Solche Rücksichten auf Momente, welche in der Prätorischen Instruction blos unter der allgemeinen Hindeutung auf bonum und aequum angedeutet wurden, bezeichnen die Quellen durch officium judicis [7], nicht in dem Sinne, als ob der Juder in seinem Urtheile durchaus alles Das, was in dem officium enthalten ist, selbst mögliche Einwendungen und Ansprüche z. B. Einreden Nebenforderungen und drgl., ohne einen darauf gerichteten Antrag der Parthieen hätte berücksichtigen dürfen, sondern in dem Sinne, daß er auf die geeigneten Anträge der Parthieen sie selbst dann zu berücksichtigen habe, wenn sie auch nicht in der vom Prätor gegebenen Instruction besonders namhaft gemacht waren.

Aus dieser verschiedenen formellen Behandlung und dem verschiedenen Maaßstabe der Beurtheilung ergaben sich im Einzelnen eine Reihe wichtiger Verschiedenheiten zwischen beiden Klaggattungen, namentlich:

1. durfte der Juder bei den stricti juris actiones eigentliche Exceptionen des Beklagten, sollten sie auch noch so begründet seyn, durchaus nicht beachten, wenn er nicht in der vom Prätor ihm gegebenen Formel ausdrücklich darauf instruirt war. Der Beklagte mußte sich daher bei Condictionen wohl vorsehen, seine Exceptionen schon vor dem Prätor (in jure) bei der Litis-Contestation anzuführen (vrgl. Not. 5), damit sie in die Instruction aufgenommen werden konnten, sonst waren sie für ihn verlohren; sie waren selbst dann für ihn verlohren, wenn er sein Recht zur Einrede erst nach der Lit.-Cont. entdeckte [7a]. Ihre Aufnahme in die Instruction geschah in der Form einer Ausnahme (daher der Name exceptio), welche in negativer Fassung der condemnatio vorgesetzt wurde (z. B. si paret Nm. Ao. X ex stipulatu dare oportere: si in ea re nihil dolo malo actoris factum sit neque fiat, oder si ea res judicata non sit, judex

---

6) J. de act. § 30 D. III, 5 de negot. gest. l. 7 XXI, 1 de aedil. edict l. 31 § 20.

7) S. z. B. l. 7 cit. Gajus IV, 63.

7a) Vrgl. Savigny V S. 466 Puchta II § 170 und die Stellen der Note 9.

... condemnato etc.), so daß nun dadurch die Condemnatio eine doppelte in der Formel ausgedrückte Bedingung erhielt, gleichsam eine positive (daß die Intentio begründet sey) und eine negative (daß die Exceptio sich nicht begründet erfinde) [8]. In einigen Fällen wurde im älteren Recht die letztere negative Bedingung (die Exceptio) der Intentio vorangestellt (präscribirt) und hier hieß sie dann wegen dieser besonderen Stellung praescriptio (pro reo; wohl zu unterscheiden von der praescript. pro actore Erört. XII bei Not. 18) ein Ausdruck, welcher, als man später (schon zu Gajus Zeiten) solche Präscriptionen nicht mehr der Intentio voranstellte sondern wie andre Exceptionen nach ihr setzte (Gajus IV, 133), doch nicht nur für jene Fälle noch gewöhnlich beibehalten sondern auch allmählig für jede Exceptio somit ganz gleichbedeutend mit Exceptio gebraucht wurde [8a].

Bei den bonae fidei actiones galt jene formelle Beschränkung in Betreff der Exceptionen [8b] nicht. Bei ihnen hatte der Juder die Exceptionen zu beachten, wenn sie auch nicht schon bei der Litis Contestation in jure vorgebracht und nicht in die Formel

---

8) Gajus IV, 119 D. XLIV, 1 de except. *l.* 2 pr. *l.* 22 pr. XIX, 1 de A. E. V. *l.* 25 VI, 2 de Publ. act. *l.* 17.

8a) Schon in den Pandecten erweist sich das Aufkommen dieses Sprachgebrauchs (vrgl. die Stellen bei Savigny V § 226 Note) und im Coder werden praescriptio und exceptio durchaus als gleichbedeutende Ausdrücke gebraucht, z. B. praescriptio peremtoria und dilatoria für except. peremt. und dil. (C. VIII, 36 de exc. cst. 8, 12) und die Rubrik des oben angef. Codertitels heißt deßhalb de exceptionibus seu praescriptionibus.

8b) Natürlich galt auch bei stricti jur. act. eine solche formelle Beschränkung nicht bei solchen Anführungen des Beklagten, bei welchen er seine Vertheidigung blos auf Verneinung der Existenz des vom Kläger in Anspruch genommenen Rechts an sich gründete (z. B. wenn er läugnete, daß die Schuld je bestanden habe, oder behauptete, sie sey längst bezahlt). Solche Verneinungen hatte der Juder jedenfalls zu beachten und sie wurden gar nicht in die Formel aufgenommen, weil schon in der Fassung der Intention ihre Beachtung lag. Denn diese spricht ja die Existenz des in Anspruch genommenen Rechts als Bedingung und Voraussetzung der Condemnation aus, so daß der Juder stets absolviren muß, wenn sich diese Bedingung unbegründet zeigte (si paret... condemna). Savigny V S. 157 f.

aufgenommen wurden [8c], sondern erst vor ihm (in judicio) zur Sprache kamen; denn die Instruction wies ihn hier ganz allgemein darauf hin, die Verbindlichkeit des Beklagten ex fide bona zu beurtheilen, somit wenn, aus welchem Grunde es sey, die Ansprüche des Klägers als ungerecht erscheinen, Diesen abzuweisen. Dieß drücken die Röm. Quellen namentlich dadurch aus: das judicium bonae fidei schließt von selbst in sich die doli exceptio (continet in se doli mali exceptionem oder doli exceptio inest bonae fidei judicio) [9] d. h. der Juder hat hier stets so zu verfahren, als ob er auf die Beachtung der doli exceptio besonders instruirt wäre. Diese doli exceptio im weiteren Sinne begreift aber alle Exceptionen [9a], indem man bei einer im Rechte wohl begründeten Einrede immer sagen kann, es gehe in Dolus über, wenn man ihr, falls sie begründet ist, nicht nachgibt [10].

8c) Ein solches Vorbringen der Exceptionen bei b. f. actt. und ihre Aufnahme in die Formel war allerdings (wie auch Savigny V S. 163 annimmt) zulässig und gewöhnlich, nur nicht nöthig. Jene Zulässigkeit bezweifeln übrigens Manche z. B. Zimmern R. G. III S. 305 Puchta II, § 170 Not. t.

9) D. XXX, de legat. I, *l.* 84 § 5, XXIV, 3 sol. matr. *l.* 21 a. E. Vrgl. auch D. XVIII, 5 de resc. vend. *l.* 3, II, 14 de pact. *l.* 7 § 5. 6, Gaj. IV, 63.

9a) Manche beziehen die Stellen der Not. 9 und somit diese exceptio doli und den im Texte angeführten Grundsatz nicht auf solche Einreden, die auf rein-positiven Vorschriften und nicht schon auf den allgemeinen Grundsätzen der aequitas beruhen, wie die exceptio SC. Vellej. und die exc. rei judicatae z. B. Zimmern III S. 191 Puchta II § 170. Dagegen s. aber Savigny V S. 467 und die folgende Note.

10) Diese doli exc. im weiteren Sinne ist wohl zu unterscheiden von der doli exc. im engeren und eigentlichen Sinne, d. h. von der Einrede aus einem bei Begründung des Rechtsverhältnisses verübten eigentlichen Betruge. Von einem eigentlichen dolus ist bei jener doli exc. im weiteren Sinne nicht nothwendig die Rede. Die Quellen gehen nämlich bei ihr davon aus: einen unhaltbaren Rechtsanspruch soll Niemand verfolgen; verfolgt daher Jemand einen Anspruch, der durch eine Einrede abgewiesen werden könne: so sey die Einrede, mit der er abgewiesen werden könne, jedenfalls eine doli exc.: zwar sey hier nicht gerade dolus malus vorhanden, ein dolus ex proposito, aber jedenfalls ein dolus ex re, res in se dolum habet, d. h. der Anspruch des Klägers erweise sich durch sie als ein ungerechter und wenn der Kläger sich der Einrede, falls sie begründet ist, nicht fügen und von seinem Anspruche nicht ablassen würde:

Selbst die Instruirung des Judex auf die Beachtung einer Exception war beim strictum jus ursprünglich nur sehr beschränkt zulässig. Eine Reihe von Exceptionen wurde nur allmählig beim strictum jus zugelassen, theils durch kaiserliche Constitutionen (z. B. J. de act. § 30) besonders aber durch prätorische Neuerungen (z. B. Not. 14). Ueberhaupt

2. unterscheiden sich die stricti juris und b. f. negotia besonders auch darin, daß bei den Letzteren die Berücksichtigung mancher Momente als aus der Natur des Geschäfts selbst fließend betrachtet wurde, während sie bei den strict. j. negotiis nur in Folge besonderer allmählig für sie eingeführter Rechtsmittel stattfand. So wirkte z. B. der Betrug und Zwang bei negotiis b. f. ipso jure d. h. die Beachtung dieser Mängel lag in der Natur des Geschäfts dergestalt, daß der Betrogene und Gezwungene zum Zwecke der Aufhebung des Geschäfts beziehungsweise des Ersatzes seines Schadens ein besonderes Rechtsmittel nicht nöthig hatte, sondern diese Zwecke mit der Klage aus dem abgeschlossenen Geschäfte (acti emti, conducti u. s. w.) verfolgen konnte [11], während bei strict. jur. negotiis die strikte Natur des Geschäfts gegen die Beachtung solcher Momente war. Daher hatte bei ihnen anfänglich gar kein Rechtsmittel aus Betrug und Zwang statt und erst später wurde durch den Prätor für den durch Betrug oder Zwang bei einem negotium stricti juris Verletzten eine besondere Klage, eine actio doli [12] und

---

so gehe nun wenigstens sein Handeln in ein dolöses über. D. XLV, 1 de V.O. *l.* 36 a. E. XLIV, 4 de dol. exc. *l.* 2 § 3, 4 und bes. § 5. Namentlich gebrauchen dabei die Quellen diese allgemeine Bezeichnung (exc. doli), wenn die Einrede keinen technischen Namen hatte. Beispiele s. in D. de dol. exc. *l.* 4 § 1, 4, 7—9 *l.* 6 *l.* 8 § 1 *l.* 14. 16 II, 14 de pact. *l.* 10 § 2 *l.* 21 § 1, 2 *l.* 25 § 2 *l.* 26 VI, 1 d. R. V. *l.* 27 § 5 *l.* 30 *l.* 65 pr. XIX, 1 de A. E. V. *l.* 13 § 9 *l.* 28. Unsre Juristen bezeichnen diese exc. doli im weiteren Sinne durch exc. doli generalis und dagegen Die, welche auf einen wahren Betrug sich stützt, durch exc. doli specialis.

11) D. IV, 3 de dolo *l.* 7 § 3 *l.* 9 pr. XVIII, 1 de C. E. *l.* 68 § 2 XIX, 1 de A. E. V. *l.* 13 § 4, 5 *l.* 11 § 3 XIX, 2 loc. *l.* 23 C. IV, 44 de resc. vend. cst. 1. 5. 8.

12) D. de dolo *l.* 1 § 1 vgl. mit Cicero de nat. Deor. III, 30 de offic. III, 14. Burchardi Lehre v. d. Wiedereinsetzung ꝛc. S. 307 f. Nun ist Das,

quod metus causa [13] eingeführt (also nicht eine Klage aus dem str. jur. negotium gegeben) und für den Fall, daß schon eine bloße Einrede ihn gehörig decken würde, eine exceptio doli und metus ertheilt [14].

Außerdem wurde auch auf Nebenverträge, welche ihrer Formlosigkeit wegen an sich unklagbar waren (pacta), wenn sie einem Hauptvertrag beim Abschlusse desselben sofort hinzugefügt wurden, das Klagrecht aus dem Hauptvertrage erstreckt, wenn dieser bonae fidei war, nicht aber wenn er stricti juris war, so daß also im letzteren Falle das durch ein pactum adjectum Zugesagte nicht mit einer Klage verfolgt werden konnte [15].

3. Bei bonae f. negotiis konnte auch Das eingeklagt werden, was beim Geschäfte nicht ausdrücklich zugesagt wurde, wenn es nur bei Geschäften solcher Art allgemein gebräuchlich war und es daher als im Willen der Parthieen gelegen angenommen werden mußte, während bei stricti juris negotiis in solchen Beziehungen nur das ausdrücklich Zugesagte beachtet wurde [16].

4. Bei manchen stricti juris actiones kann der Kläger blos auf den unmittelbaren, ursprünglichen Gegenstand der Obligation klagen, nicht auch auf die späteren Hinzukommnisse zu demselben, z. B. auf Herausgabe der Früchte (auf die causa rei), selbst nicht auf diejenigen, welche vom Verzuge des Schuldners an zur Sache hinzukamen, während bei den bonae fidei actiones auch diese späteren Hinzukommnisse (die omnis causa) von der Zeit an,

---

was Burchardi S. 309, 315 über eine de dolo actio in jus concepta sagt, unrichtig. Denn die prätorische de dolo actio konnte keine juris civilis intentio haben, sondern war nur eine formula in factum concepta s. auch Savigny System V S. 473. Vangerow Pandect. § 185 Anm. 1.

13) D. IV, 2 quod met. caus. *l.* 1 *l.* 9 § 3, 7, 8 *l.* 10. Cicero in Verr. II, 3 cap. 65. Burchardi a. a. O. S. 304 f. Die quod metus causa act. wurde aber auch bei negotiis b. f. gestattet, weil sie für den Verletzten in manchen Beziehungen noch vortheilhafter war, als die Contractsklage. C. II, 20 de his quae vi est. 4.

14) D. XLIV, 4 de dol. except. *l.* 4 § 33. J. IV, 13 de except. § 1. Vrgl. auch D. IV, 2 quod met. c. *l.* 9 § 3. Burchardi a. a. O. S. 297 f.

15) D. II, 14 de pact. *l.* 7 § 5 C. II, 3 eod. cst. 13.

16) D. XXI. 1 de aedil. edict. *l.* 31 § 20 XLV, 1 de V.O. *l.* 99 pr.

in welcher der Schuldner die Hauptsache herauszugeben verbunden war, gefordert werden können (D. XXII, 1 de usur. l. 38 § 7—10 § 15). Uebrigens galt jene Beschränkung bei den strictis judiciis nicht unbedingt. Sie galt nämlich

a. nicht für die Zeit von der Litis Contestation an, indem es allmählig aufkam, daß auch bei allen Condictionen die Nebensachen, welche der Streitgegenstand von der Litis Contestation an bis zur Verurtheilung trug, gefordert werden können [17].

b. Auch galt sie überhaupt nicht bei denjenigen Condictionen, welche auf Rückerstattung einer aus dem Vermögen des Klägers gekommenen und in das Vermögen des Beklagten ohne rechtlichen Grund übergegangenen Sache gehen (ad id consequendum, quod meum fuit), also z. B. nicht bei der condictio indebiti, ob causam datorum und drgl. [18]; sie galt also nur, wenn der Kläger eine nicht erst aus seinem Vermögen in das des Beklagten übergegangene Sache fordert, wie bei Klagen

---

17) D. l. c. l. 2 l. 3 § 1 l. 38 § 7 XLII, 1 de re jud. l. 8 XII, 1 de R. C. l. 31 pr. Ueber den Grund vrgl. die Vermuthung bei Savigny V S. 501.

18) Diese weitgreifende Ausnahme wird gewöhnlich gar nicht angeführt. Einige berühren sie, aber ohne ihr die gehörige Bedeutung zu geben z. B. Puchta Institut. II § 165 Not. s., indem er blos sagt, Paulus lasse in der l. 38 de usur. in den angegebenen Fällen eine Berechnung der Früchte zu. Allein sie wird nicht bloß im Allgemeinen und im Einzelnen in der l. 38 § 1—3 § 7 de usur. ausgesprochen, sondern auch sonst noch in Stellen, welche nicht blos von Paulus herrühren. S. z. B. D. XII, 6 de condict. indeb. l. 15 pr. XII, 4 de condict. caus. dat. l. 12 (Stellen aus Paulus), ferner l. 7 § 1 eod. (Stelle aus Julianus). Dagegen scheint eine andere Ausnahme, welche häufig behauptet wird, sehr zweifelhaft zu seyn. Viele (namentlich auch Savigny V S. 618 Puchta a. a. O.) behaupten nämlich wegen l. 4 pr. de usur, daß bei den Condictionen, welche auf ein incertum gingen (s. unt.), stets auch die omnis causa habe gefordert werden können. Allein über diesen Punkt widersprechen sich die Quellen geradezu. Denn während die l. 4 cit. sagt, bei der Stipulation vacuam possessionem tradi (ein incertum) könne man mit der act. incerti ex stipulatu auch die Früchte aus der Sache fordern, sagt die l. 3 § 1 XIX, 1 de A. E. V., bei einer solchen Stipulation könne man mit der act. ex stipulatu die Früchte nicht fordern, und setzt überhaupt in Beziehung auf die Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte dieser stipulatio incerta ganz gleich die Stipulation fundum dari, also eine stipulatio certa.

aus einer Stipulation, aus einem Teſtament (Not. 18, und auch im letzteren Falle nicht beim legat. sinendi modo Not. 65).

5. Unter der omnis causa, welche der Kläger bei bonae fidei actionibus von der Zeit an, in welcher der Gegner den Hauptgegenſtand der Klage herauszugeben hatte, und auch in den eben angeführten Fällen (a, b) bei einer stricti juris actio fordern kann, ſind nicht begriffen die Zinſen aus einer ſchuldigen Summe vertretbarer Sachen. Die Verpflichtung, Zinſen zu bezahlen, beſtimmte ſich nach anderen Grundſätzen. Aber auch hier trat wieder eine bedeutende Verſchiedenheit zwiſchen den stricti juris und bon. f. negotiis und actionibus ein. Bei den Letzteren wird man zur Verzinſung des ſchuldigen Capitals aus Gründen der aequitas verpflichtet; zu dieſen Gründen gehört namentlich der Verzug des Schuldners (D. de usur. *l.* 32 § 2 und XVI, 3 depos. *l.* 24), der auch durch gerichtliche Mahnung, alſo durch Anſtellung und Inſinuation der Klage, begründet werden kann, aber dadurch nicht nothwendig begründet wird, indem der Beklagte durch gerichtliche oder außergerichtliche Mahnung dann nicht in Verzug geſetzt wird, wenn er plauſible Gründe hat, es auf einen Prozeß ankommen zu laſſen [19]. Bei den stricti juris negotiis und actionibus dagegen konnten Zinſen immer nur dann verlangt werden, wenn ſie ausdrücklich verſprochen wurden; es konnten alſo auch keine Verzugszinſen gefordert werden, ſelbſt nicht nach begonnenem Prozeſſe [20]. Daraus erklärt ſich auch,

---

19) D. de usur. *l.* 24 pr. und L, 17 de R. J. *l.* 63. Die Litisconteſtation begründete alſo bei b. f. actionibus keineswegs an ſich die Pflicht zur Zinſenzahlung; vielmehr wird ſie blos durch den Verzug begründet, bei dem die Litisconteſtation nach Röm. Rechte an ſich etwas ganz Indifferentes iſt. Hatte der Schuldner keine plauſible Gründe die Zahlung zu verweigern: ſo kommt er allerdings durch gerichtliche (wie durch außergerichtliche) Mahnung in Verzug, aber auch hier nach gemeinem Rechte nicht erſt durch den Act der Litisconteſtation, ſondern ſchon dadurch, daß die Mahnung ihm zukam, alſo durch die Mittheilung der Klage (anders nach dem Württ. Recht ſ. unten XIII. Erört. nach Note 67). Vrgl. auch Kierulff Civilr. I S. 281 v. Madai Lehre v. d. Mora S. 72 f. 371 f. (wonach näher zu beſtimmen iſt, was Derſelbe S. 33 und 65 ſagt).

20) D, XIX, 5 de praescript. verb. act. *l.* 24 in der Mitte XVI, 3 depos. *l.* 24 C. IV, 32 de usur. est. 3 Madai a. a. O. S. 369 f. Savigny V

daß bei der condictio indebiti nie Verzugszinsen eingeklagt werden konnten, eben weil sie eine actio stricti juris war [20a].

6. Die negotia stricti juris wurden streng wörtlich ausgelegt, sollte auch die Auslegung auf Resultate führen, welche den allgemeinen Rechtsgrundsätzen widersprechen [21]. Wer daher z. B. in einer Stipulation (stricti jur. negot.) einen Sclaven zu leisten versprach und den Sclaven nachher vergiftete, ihn aber so lange er noch lebte leistete, konnte in der Klage aus der Stipulation nicht auf Ersatz belangt werden, weil er dem Buchstaben nach erfüllte, was er versprochen hatte, indem er einen lebendigen Sclaven geleistet hatte [22], während bei einem negotium bonae fidei in einem solchen Falle der Kläger mit der Klage aus dem Geschäfte auf Ersatz klagen konnte (die Stelle der Not. 22). Auch in Beziehung auf Culpa trat eine doppelte Verschiedenheit zwischen den stricti juris und den b. f. negotiis ein. Denn

7. wer aus einem negotium stricti juris eine Sache zu geben hatte, haftete nur für positive schädliche Einwirkungen auf die Sache (culpa in faciendo), nicht aber für fahrlässige Unterlassungen, für Nichtbewahren und Nichtbewachen der Sache u. s. w. [23], während nun bei anderen Obligationen auch für culpa in omittendo haftet. Dagegen mußte

8. bei einer obligatio stricti juris der Verpflichtete immer,

---

S. 463. Daß die *l.* 35 D. XII, 1 de usur. (lite contestata usurae currunt) nicht das Gegentheil sagt, ist unten Erört. XII Not. 30 nachgewiesen. Nur beim legatum sinendi modo kam allmählig eine Ausnahme auf; s. Not. 65.

20a) C. IV, 5 de condict. indeb. est. 1. Ich bemerke dieß ausdrücklich, weil auch noch bei uns Manche, namentlich auch manche Württ. Gerichte, bei der condictio indebiti Verzugszinsen nicht zulassen wollen.

21) Einige Milderungen mußten übrigens hierin doch allmählig zugegeben werden. S. z. B. D. XIX, 2 locati *l.* 54 § 1 XLV, 1 de V.O. *l.* 94.

22) Der Berechtigte konnte sich hier nur mit der prätorischen actio doli helfen; D. IV, 3 de dol. *l.* 7 § 3. Natürlich wenn der Sclave noch vor der Leistung starb: so konnte aus der Stipulation geklagt werden, weil durch Nichtleistung oder durch Leistung eines Todten die Stipulation auch nicht einmal wörtlich erfüllt wurde. D. XLV, 1 de V.O. *l.* 91 pr.

23) Quia qui dari promisit, ad dandum, non ad faciendum, tenetur. D. *l.* c.

ohne Rücksicht darauf, daß er blos einseitig sich zu einer Leistung verpflichtete, für das geringste Versehen (omnis culpa) in seinen positiven Handlungen einstehen, während der Schuldner bei b. f. negotiis, wenn das Geschäft blos zum einseitigen Vortheil des Gläubigers eingegangen war, in der Regel blos für culpa lata haftet [24].

9. Ereignisse, welche auf den Bestand des Rechts des Klägers von Einfluß sind, hat der Judex, wenn sie erst nach der Litis Contestation eintraten, bei strictis judiciis nicht zu beachten, wohl aber bei b. f. judiciis [24a].

10. Ist der Werth des Streitgegenstandes zu ersetzen, was wegen des S. 15 angef. Grundsatzes im älteren Römischen Rechte bei jedem Prozesse eintrat, wenn es zur Verurtheilung kam: so war den S. 46, 47 ausgeführten Principien zu Folge der Zeitpunkt, nach welchem der Anschlag zu geschehen hatte, bei Condictionen die Zeit der Litis Contestation (wenn es sich nicht von einer schuldigen vor der L.C. zu Grunde gegangenen Species handelte) bei b. f. actionibus die Zeit des gefällten richterlichen Urtheils [25]. War der Schuldner im Verzuge: so wurde bei Condictionen der Werth zu Grunde gelegt, den die Sache beim Eintritt des Verzuges hatte; bei b. f. actionibus dagegen konnte der Werth der Zeit des Anfangs des Verzuges oder der Verurtheilung, also welcher der höhere war, gefordert werden [26]. Dagegen wurde

---

24) D. *l.* c. und XXX de legat. I, *l.* 108 § 12.

24a) Näheres hierüber s. unten XIII. Erört. Abschn. IV.

25) D. XII, 1 de R. C. *l.* 22 XIII, 3 de condict. trit. *l.* 4 XIII, 6 commod. *l.* 3 § 2 XIX, 1 de A. E. V. *l.* 3 § 3 Gans Ueber Röm. Obligationenrecht S. 62 f. Madai a. a. O. S. 315 f. Viel gestritten wird in dieser Hinsicht über *l.* 3 de condict. trit., nach welcher bei der condictio trit. auf das condemnationis tempus gesehen werden soll. Gans bezieht dieß auf die etwaigen Accessionen, wegen des Grundsatzes der Not. 17; Huschke (Steßn. Zeitschr. XX S. 267) will statt condemnationis lesen contestationis, wodurch man freilich über alle Schwierigkeit wegkommt. In der That aber kann diese Stelle keine Schwierigkeit im Resultate machen, da die gleich folgende Stelle (*l.* 4 eod.) die litis contestatio als den Zeitpunkt der Aestimation bei Condictionen nennt, und das Gleiche in allen anderen Stellen gesagt ist.

26) S. die angeff. Stellen, namentlich *l.* 3 § 3 cit. Die Worte quo venit

11. bei Condictionen der Kläger nicht zum Würderungseide (oben S. 19) zugelassen, außer im Nothfalle, wenn der Streitgegenstand ganz untergegangen ist [26a]. Unrichtig ist es aber, wenn von Manchen (auch von Savigny V S. 466) behauptet wird, zwischen den Condictionen und den b. f. act. finde auch noch der Unterschied statt, daß, wo es sich vom Rechte des Klägers auf Ersatz handle, bei den Letzteren auch die Affectionen des Klägers in Anschlag zu bringen seyen, nicht aber bei den Ersteren. Denn einen Ersatz des Affectionswerths konnte auch bei b. f. act. der Kläger nie verlangen [27] und ihn auch nicht beim Würderungseide in Anschlag bringen [27a].

12. Bei der Bestimmung des Werths einer Leistung und des Interesses des Klägers (Nr. 10) ist natürlich auch die Frage, nach welchen Ortes Preisen und Verhältnissen der Richter die Bestimmung zu treffen habe, von maaßgebender Wichtigkeit. Auch hier galt bei Condictionen zum Theile Anderes, als bei b. f. actiones. Namentlich kam hier bei Condictionen eine Beschränkung vor, zu deren Unschädlichmachung ein besonderes Rechtsmittel nöthig war, das bei Ansprüchen, die mit einer b. f. actio ver-

---

bedeuten hier nicht, wie Viele glauben (selbst z. B. Schilling in d. krit. Jahrbb. d. Rechtsw. 1838 S. 255, 257) die Zeit des Abschlusses des Vertrags (dieß wäre völlig unerklärlich), sondern wie namentlich aus § 4 eod. a. E. sich erweist, die Zeit, an welcher hätte geleistet werden sollen. Vrgl. auch Glück Pandect. Bd. XIII S. 292.

26a) D. XII, 3 de in lit. jur. *l.* 5 pr. § 3. Savigny V S. 124.

27) Keine Quellenstelle sagt Etwas der Art. Zwar beruft man sich dafür auf D. XVII, 1 mandati *l.* 54 pr. IV, 4 de minor *l.* 35. Allein diese und andere ähnliche Stellen sprechen ja gar nicht vom Schätzungsmaaßstabe der Sache. Dagegen wird die Rücksicht auf Affectionen bei Bestimmung des Werths einer Sache und des Interesses ausdrücklich ganz allgemein verworfen in D. IX 2 ad leg. Aquil. *l.* 33. Zwar ist die act. ex leg. Aquil. eine stricti jur. actio. Allein aus diesem Moment leitet die *l.* 33 die Verwerfung der Rücksicht auf Affection nicht her, sondern aus einem ganz allgemeinen Grundsatze, unter den auch die b. f. actt. fallen. Vrgl. auch D. XXXV, 2 ad leg. Falc. *l.* 63 pr. XXXVIII, 5 si quid in fraud. cred. *l.* 1 § 15 und v. Schröter in der Gießner Zeitschr. VII S. 401 v. Vangerow Pandect. III § 571 S. 48.

27a) Dieß hat überzeugend nachgewiesen v. Schröter a. a. O. S. 395 f. Vrgl. auch v. Vangerow Pandect. I § 171 S. 200.

folgt werden konnten, ganz unnöthig war, weil bei den b. f. act. jene Beschränkung gar nicht galt. Bei **stricti juris act.** nämlich hatte der Richter den Werth der Leistung stets nach den Preisen und Verhältnissen des **Orts der Klage** zu bestimmen; nur wenn ein bestimmter Zahlungsort festgesetzt war, sollte den Parthieen die Berücksichtigung dieses Orts (die bald dem Kläger bald dem Beklagten vortheilhafter seyn konnte) nicht entzogen werden; es entschied also dann dieser [28]. Allein der Zahlungsort fiel eigentlich, wenn mit einer str. juris actio **wirklich wirksam geklagt** wurde, stets zusammen mit dem Klagort, da bei einem festgesetzten Zahlungsorte, wenn das Rechtsverhältniß stricti juris war und **mit der actio stricti juris** geklagt werden wollte, **nur an diesem Orte** geklagt werden konnte (nicht auch an einem anderen Orte, an welchem noch ein Gerichtsstand begründet war) [29]. Wenn nämlich bei

---

28) D. XII, 1 R. C. *l.* 22 XIII, 3 de cond. trit. *l.* 4.

29) „Alio loco, quam in quem sibi **dari** quisque **stipulatus** esset, non videbatur agendi facultas competere" D. XIII, 4 de eo quod cert. loc. *l.* 1. Das Gegentheil scheinen die Stellen der Note 28 zu sagen d. h. sie scheinen davon auszugehen, daß man auch an einem anderen, als dem festgesetzten Zahlungsorte (z. B. am Wohnorte des Schuldners) eine **Condiction** anstellen könne, und der Richter dann nur bei der Taxation die Verhältnisse des Zahlungsortes zu Grunde zu legen habe. Allein so ausgelegt würden sie dem ganzen Titel de eo quod cert. loc, widersprechen. Gewöhnlich wird die Schwierigkeit, die in diesen Stellen liegt, übersehen. Nur **Bethmann-Hollweg** Versuche üb. Civilproz. ꝛc. S. 42—45 beachtete sie (und nach ihm einige Spätere z. B. **Zimmern** R.G. Bd. III § 67 a. E. und **Fritz** Erläutt. zu Wening H. III S. 125, welche ganz Hollweg folgen), scheint sie mir aber nicht richtig zu heben. Er bezieht die Stellen der Not. 28 auf eine **condictio incerti** und beschränkt das im Texte Gesagte auf **certi condictiones** (im Sinne der Not. 51), nimmt somit an, mit einer **incerti condictio** habe man auch an einem anderen als dem verabredeten Zahlungsorte klagen können. Allein abgesehen, daß Hollwegs Voraussetzungen nicht richtig sind (bei condictio auf certae res habe der Richter nicht das **Interesse** sondern blos den reinen Sachwerth zu schätzen gehabt und der Werth einer Sache lasse sich überhaupt schätzen ohne Rücksicht auf das Interesse irgend eines Orts): so ergibt sich die Unhaltbarkeit seiner Ansicht namentlich aus *l.* 7 § 1 D. de eo quod cert. loc., welcher gerade im **Gegensatze** zu den im pr. genannten (stets auf ein **incertum** gehenden) b. f. actiones sagt, daß die **condictio** auf ein **incertum** an einem

einem festgesetzten Zahlungsorte der Gläubiger nicht an diesem, sondern an einem anderen Orte, an welchem sonst noch ein Gerichtsstand begründet war, z. B. am Wohnorte des Schuldners mit der stricti juris actio klagte: so mußte er wegen Pluspetitio abgewiesen werden (J. IV, 6 de act. § 33), weil bei der stricti juris actio der Judex den Werth der Leistung nur nach dem Klagort taxiren durfte, bei einem verabredeten Zahlungsorte aber der Beklagte ein Recht hat, zu verlangen, daß nach den Preisen dieses Orts taxirt und er also nur an diesem letzteren Orte belangt werde. Um nun den Nachtheilen, welche dem Gläubiger aus der Beschränkung auf den letzteren Klagort zugehen könnten (z. B. wenn sich der Schuldner gar nicht dort betreten läßt), abzuhelfen, führte der Prätor für solche Fälle ein besonderes Rechtsmittel, eine actio arbitraria ein. Mit dieser konnte der zu einer strictis juris actio Befugte bei einem festgesetzten Zahlungsorte, sobald die Forderung fällig war, auch an jedem anderen Orte, an welchem sonst ein Gerichtsstand des Schuldners begründet ist, namentlich an dessen Wohnorte auf Erfüllung des aus dem Rechtsverhältnisse Geschuldeten klagen [29a].

---

anderen als dem verabredeten Zahlungsorte nicht angestellt werden könne, sondern man sich hier mit der arbitraria act. helfen müsse, ferner daraus, daß die Stellen der Not. 28 auch von einem certum sprechen (denn das mutuum und die Stipulation von frumentum, vinum etc. kann sowohl ein certum als ein incertum betreffen Not. 32, 34) und endlich daraus, daß der Tit. de eo quod cert. loc. die Nothwendigkeit der act. arbitraria und das Ausschließen der Condiction gerade auf solche Fälle bezieht, von welchen die Stellen der Not. 28 sprechen (z. B. l. 3 de eo q. c. l.). Man kann daher die Stellen der Not. 28 wohl nicht anders auslegen, als im Texte geschehen ist d. h. sie sagen: bei Verhältnissen des strictum jus hat der Richter nach dem Orte zu ästimiren, wo geklagt wird; war ein Zahlungsort verabredet, so muß stets nach diesem ästimirt werden, weil in einem solchen Falle die Condiction nur an diesem (nicht auch an anderen Orten, an denen sonst noch ein Gerichtsstand des Schuldners begründet ist) angebracht werden kann, oder wenn aus dem Rechtsverhältnisse mit der arbitraria actio geklagt wird, bei dieser stets nach dem verabredeten Erfüllungsorte das Interesse zu bestimmen ist.

29 a) D. XIII, 4 de eo quod cert. loc. l. 1, 2 pr. § 1 l. 3—6. Die Klage ist eigentlich eine erweiterte Anwendung der Klage aus dem betreffenden Rechtsgeschäft (deßhalb heißt sie in l. 1 auch utilis act.) unter Berücksichtigung des

Der Juder konnte hierbei ein arbitrium auf Zahlung am festgesetzten Erfüllungsorte erlassen, und wenn diesem in der bestimmten Frist genügt wurde (nach Umständen auch, wenn nur gehörige Caution für eine solche Erfüllung gestellt wurde), den Beklagten absolviren [30]. Wurde aber vom Beklagten dem arbitrium nicht genügt: so hatte ihn dann der Juder mit Berücksichtigung des s.g. Interesse Loci zur Zahlung am Klagorte zu verurtheilen. Hierbei hätte er aber das Interesse Loci sowohl für den Schuldner als für den Gläubiger ins Auge zu fassen, also wenn der Gläubiger ein höheres Interesse hatte, am verabredeten Orte befriedigt zu werden, auf mehr zu verurtheilen (auch auf den Betrag des dem Gläubiger dadurch, daß er nicht am letzteren Orte befriedigt wurde, entgehenden Gewinns), aber auch wenn die Zahlung am Klagorte dem Schuldner nachtheiliger und dem Gläubiger vortheilhafter ist, nun den Betrag der Verurtheilung verhältnißmäßig zu mindern [30a].

Interesse Loci und mit einem vorangehenden arbitratus judicis. Gewöhnlich nennt man sie jetzt actio de eo quod certo loco (dari oportet). Bei den Aelteren herrschten manche Irrthümer über diese Klage. Namentlich halten sie sie für die eigentliche stricti jur. act. aus dem Rechtsverhältnisse (nur mit einer besonderen prätorischen adjectitia qualitas wegen des Zahlungsorts) und nennen sie gewöhnlich condictio de eo quod. cert. loc. (vrgl. z. B. noch Glück Pandect. XIII S. 303 f. 320 f. und die dort Angeff.). Allein sie war eine besondere selbstständige Klage; eine condictio aber d. h. str. jur. actio konnte sie (als actio praetoria arbitraria) nicht seyn. Ihre wahre Natur hat zuerst Gans R. Obligationenr. S. 72—75 nachgewiesen, nur daß er (a. a. O. S. 72, 160) ihre Eigenschaft als arbitraria actio nicht richtig auffaßte.

30) D. l. c. l. 4 § 1. Auf diesen arbitratus beziehen sich die Worte ut solvat in der S. 18 angef. Institutionenstelle. Vrgl. auch v. Schröter in der Gießn. Zeitschr. VII S. 369. Hiernach ist diese arbitraria actio wesentlich verschieden von den andern arbitr. actt. (S. 17); sie geht nicht auf restituere oder exhibere, sondern überhaupt auf ein solvere und cavere, und ein juramentum in litem des Klägers findet bei ihr nicht statt, sondern der Juder ästimirt, wenn es zur Verurtheilung kommt und zwar nach Umständen sogar zum Vortheil des Beklagten (Not. 30a), dessen Berücksichtigung hier gerade von den Quellen ganz besonders herausgehoben und (z. B. l. 2 § 8 de eo q. c. l.) vorangestellt wird. Anders scheint dieses arbitrium und seine Folgen Savigny V S. 132, 133 aufzufassen.

30a) D. de eo quod cert. loc. l. 2 pr. § 8.

Bei b. f. actionibus war eine solche Aushülfe nicht nöthig. Denn läßt es der Schuldner zur Klage kommen: so kann er an jedem Orte, wo er einen Gerichtsstand hat, mit der b. f. actio belangt werden, weil es schon in den Grundsätzen der bona fides liegt, bei der Verurtheilung, also bei dem Anschlage des zu zahlenden Interesses (S. 15), auf die Verhältnisse des Orts Rücksicht zu nehmen, an welchem der Schuldner an sich zu leisten gehabt hätte [30 b]. Hier wird aber der Schuldner, wenn er in wirklichen Verzug gekommen war (vrgl. Not. 19), bei bonae fid. judiciis des Verzuges wegen härter behandelt. Es wird hier nämlich beim Verzuge des Schuldners blos das Interesse des Gläubigers berücksichtigt und somit, wenn die Klage an einem anderen Orte, als an welchen der Schuldner eigentlich zu leisten gehabt hätte, erhoben wurde, die zu zahlende Summe nach dem Ortsinteresse bestimmt, welches für den Gläubiger das höhere ist [31].

II.

Bei der Frage, welche Klagen stricti juris welche bonae fidei seyen, entscheidet im Princip und in der Grundlage des Instituts die Art und Natur des Rechtsverhältnisses und des daraus entspringenden Anspruchs. Bei dieser Natur könnte man zunächst

---

30 b) D. *l.* c. *l.* 7 pr. XIII, 6 commod. *l.* 5 pr. XIX, 1 de A. E. V. *l.* 3 § 4 a. E.

31) D. de A. E. V. *l.* 3 § 3. Auffallend ist, daß gerade dieser Grundsatz, der doch für unser praktisches Recht noch von Bedeutung ist, von Vielen übergangen oder übersehen wird z. B. v. Thibaut und Mühlenbruch in ihren Systemen; Andere aber, welche ihn anführen und als noch geltend behandeln, wie z. B. Schweppe Röm. Privatr. § 388 a. E. Göschen Vorlesungen § 418 Not. 5 Madai Lehre v. d. Mora S. 331, fassen ihn verschieden und nicht richtig auf. Namentlich glauben Schweppe und Madai, es sey das höhere Interesse des Entstehungsorts der Verbindlichkeit (der Abschließung des Vertrags ꝛc.) oder des Klagorts dem Gläubiger zuzuerkennen, während das Gesetz vom Orte, an welchem der Schuldner an sich zu leisten gehabt hätte und vom Klagorte spricht (vrgl. Not. 26). In der That wäre auch gar nicht einzusehen, wie hier der Entstehungsort der Verbindlichkeit als Solcher (wenn er nicht mit dem Leistungsort zusammenfällt) ein zu berücksichtigendes Moment bilden sollte.

an die größere oder mindere Bestimmtheit des Inhalts des Anspruchs, des Gegenstandes welcher gefordert wird, denken, wie dieß häufig Frühere thaten und noch manche Neuere thun. Allein von diesem Gesichtspunkte hieng die Frage, ob eine Klage str. jur. oder b. f. sey, wenn auch vielleicht ursprünglich, doch wenigstens bei der weiteren Entwicklung des Unterschieds und später nicht ab. Denn die Condiction konnte nicht blos auf einen ganz und in jeder Beziehung bestimmten Gegenstand (certum, certa res) gehen (certi condictio), sondern auch auf einen mehr oder minder unbestimmten (incertum, incerti condictio). Allerdings aber war dieses Moment immerhin bei jener Verschiedenheit der Klagen von Bedeutung. Denn auf ein certum kann nur eine Condiction gehen (aber nicht alle Condictionen gingen auf ein certum); eine b. f. act. als Solche dagegen kann nie auf ein certum, sondern nur auf ein incertum gehen.

Was nämlich den Gegenstand der persönlichen in jus concipirten Klagen und die größere oder geringere Bestimmtheit desselben betrifft: so ist dieser ein certum, wenn durch die intentio des Klägers ein nach allen für das Rechtsverhältniß wichtigen Momenten (quid, quale, quantum) unmittelbar genau fixirter und jede Unsicherheit und Unbestimmtheit in der Leistung ausschließender Gegenstand in Anspruch genommen wird und das Recht, welches an diesem Gegenstande gewährt werden soll, ein civilrechtlich bestimmtes und vollkommen geschütztes ist, z. B. wenn die Klage darauf geht, daß dem Kläger eine ihrem Betrage nach genau bestimmte Geldsumme, ein speziell bezeichnetes Grundstück, ein individuell bezeichneter Sclave, aller Wein, der im Keller des Beklagten ist und drgl. so geleistet werden soll, daß er Eigenthümer davon wird [32]. Fehlt es dem in der intentio bezeichneten Gegenstande in einer der genannten Beziehungen an Bestimmtheit: so ist er ein incertum (D. de V.O. l. 75 pr.). Es ist daher namentlich die Leistung ein incertum, wenn die Art, wie sie ausfallen wird, mehr oder minder von der Art und Weise der Thätigkeit des Verpflichteten abhängt, was bei

32) D. XLV, 1 de V.O. l. 74 l. 75 § 5, 10 XII, 1 de reb. cred. l. 6.

allen Handlungen (im Gegensatze zu Sachleistungen, z. B. ein Haus bauen, ein Feld umackern) oder Unterlassungen der Fall ist [33]. Bei Sachleistungen, bei welchen hiernach allein von einem certum die Rede seyn kann, ist der Gegenstand namentlich dann ein incertum, wenn die nähere Bestimmung seines Umfangs erst von der Ermittlung und Erwägung besonderer Umstände abhängt oder bei Bestimmung des Anspruchs Rücksichten auf die aequitas, auf Gegenforderungen und dergl. zu nehmen sind, oder wenn eine Auswahl zwischen mehreren Gegenständen dem Beklagten zukommt [34] oder der Inhalt der Leistung mehr oder minder von zufälligen Ereignissen abhängt [35] oder erst von der Ausmittlung einer anderweit bestehenden Schuld [36]. Ist aber auch bei einer Sachleistung in allen eben genannten Beziehungen die Sache bestimmt: so kommt es doch noch darauf an, in welches Verhältniß der Kläger durch die Leistung zu dieser Sache gesetzt werden, welches Recht er an derselben erwerben soll. Ist dieses Verhältniß in irgend einer Beziehung civilrechtlich unbestimmt oder von der Art der Leistung des Beklagten oder der Art der Benützung abhängig: so handelt es sich eben dieser Unbestimmtheit und Abhängigkeit wegen von einem incertum. Dieß ist namentlich der Fall, wenn das Recht, das dem Kläger an der Sache eingeräumt werden soll, nicht genau bestimmt oder nicht schon nach dem Civilrechte vollständig gesichert und anerkannt ist; denn hier hat die Leistung immer noch etwas Unbestimmtes und etwas juristisch und in ihrem Werthe mehr oder minder Unsicheres. Es ist daher ein incertum, wenn es sich von der bloßen Herausgabe einer Sache handelt, aber nicht von

---

33) D. l. c. *l.* 75 § 7.

34) D. l. c. *l.* 75 § 1, 8. Kommt die Auswahl dem Kläger zu: so war der Gegenstand ein certum, weil er bei der Klage sich für einen bestimmten Gegenstand entscheiden mußte (vrgl. Erört. XIII nach Not. 63). Zum incertum rechnen die Quellen auch, wenn in der Bezeichnung der Qualität etwas Unbestimmtes liegt, z. B. zehn Scheffel guten Africanischen Weizens; geht das Versprechen auf besten Africanischen Weizen: so ist es ein certum; D. l. c. *l.* 75 § 2 *l.* 74.

35) Z. B. D. l. c. *l.* 75 § 4.

36) Z. B. D. l. c. *l.* 75 § 6.

einem bestimmten Rechte, das an ihr eingeräumt werden soll, die Rede ist oder von der Gewährung eines blosen factischen Zustandes, der Einräumung des Besitzes einer Sache (tradere) [37], sollte auch damit die Garantie verbunden seyn, daß dem Empfänger dieser Besitz nicht werde entzogen werden (habere licere) [38]; ferner wenn zwar ein bestimmtes Recht an der Sache eingeräumt werden soll, dieses Recht aber nicht ein civilrechtlich vollkommen anerkanntes und geschütztes ist, wie die Einräumung eines blosen in bonis esse (des s.g. bonitarischen Eigenthums), einer Emphyteuse, Superficies, einer Servitut an einem Provincialgrundstücke. Hiernach konnte bei persönlichen Klagen die Leistung nur dann möglicherweise ein certum seyn, wenn sie auf Einräumung eines seinem Inhalte nach genau bestimmten und vom Civilrechte in jeder Hinsicht anerkannten Rechts an einer Sache ging d. h. wenn sie auf ein dare ging. Dare im eigentlichen Sinne nämlich heißt Jemanden an einer Sache das (Quiritarische) Eigenthum übertragen oder eine civilistisch vollkommen gültige Servitut an einer Sache einräumen [39].

37) D. l. c. *l.* 75 § 7 XXII, 1 de usur. *l.* 4 pr.

38) D. de V.O. *l.* 38 § 6. Das tradere machte zwar den Empfänger zum Eigenthümer, wenn der Uebergebende Eigenthümer war. Allein dieß ist nur eine mögliche Folge der Handlung. Die Verpflichtung, Eigenthum zu übertragen, liegt nicht in der Verpflichtung zum blosen tradere (*l.* 28 de V.O.). Deßhalb ist z. B. ein Verkäufer, wenn es sich zeigt, daß er nicht Eigenthümer der Sache war, noch nicht zur Evictionsleistung verpflichtet, solange dem Käufer die Sache vom wahren Eigenthümer nicht wirklich abgestritten wird (außer der Verkäufer hätte wissentlich eine fremde Sache verkauft), eben weil er blos zu einem tradere und zu einer Garantie des habere licere, nicht zu einem dare (zu einer Garantie des Eigenthums) verbunden ist. D. XVIII, 1 de C.E. *l.* 25 § 1 XIX, 1 de A.E.V. *l.* 30 § 1 XIX, 4 de rer. permut. *l.* 1 pr. C. VIII, 45 de evict. cst. 3.

39) Diese Bedeutung von dare beweist sich namentlich (nur daß aus begreiflichen Gründen in Justinians Compilation die Beziehung auf das Quiritarische Eigenthum nicht hervorgehoben ist) aus D. XLV, 1 de V.O. *l.* 75 § 10 *l.* 136 § 1 L, 17 de R. J. *l.* 167 pr. XII, 4 de condict. caus. dat. *l.* 15, 16 VIII, 3 de S.P.R. *l.* 19 Gajus IV, 4 II, 204. Deßhalb kann eine Klage auf Leistung einer Sache, deren Eigenthümer der Kläger schon ist, nicht auf ein dare schlechtweg (d. h. Uebertragung des Eigenthums — das ja der

So allein scheint es sich mir zu erklären, wie die Römer dazu kamen, nur bei einer auf ein dare gehenden Obligation die Möglichkeit eines certum anzunehmen. Jede andere Leistung, jede Leistung, die nicht auf ein dare geht, ist ein incertum. Keineswegs aber ist jede Leistung, die auf ein dare geht, ein certum. Denn auch das dare im eigentlichen Sinne kann auf ein incertum gehen [40], und gerade bei der Formel dare facere

---

Kläger schon hat) gehen und die intentio dare oportere nur gebraucht werden bei Sachen, die erst in des Klägers Eigenthum kommen sollen. Nur die condictio furtiva machte hiervon eine Ausnahme, indem mit ihr der Bestohlene auf ein dare oportere klagte, obwohl er Eigenthümer der Sache geblieben ist. D. VII, 9 usufr. quemadm. *l.* 12 a. E. J. IV, 6 de act. § 14. Gajus IV, 4. Darüber, daß das dare im eigentlichen Sinne blos auf Uebertragung von Eigenthum und Bestellung von Servituten geht, nicht auch auf Einräumung anderer Rechte, s. auch Marezoll in der Gießner Zeitschr. Bd. X S. 228—257. — Uebrigens kommt dare in den Röm. Quellen oft auch in einem weiteren, nicht technischen Sinne vor für leisten überhaupt, verschaffen, bestellen (s. Dirksen Manuale v. dare), und so ist daher auch vielfach die Rede von operas dare, rem hypothecae dare. In diesem weiteren Sinn heißt dann rem dare jede Leistung einer Sache, sey es zum Gebrauche oder zum Behalten, sey es um Eigenthum an der Sache zu garantiren oder blos den Besitz (tradere); z. B. D. XIX, 2 loc. *l.* 60 pr. XVIII, 1 de C. E. *l.* 65. S. auch Marezoll a. a. O. S. 225 f. Im Gegensatze zu diesem rem dare im weiteren Sinn bezeichnet dann facere jede andere Leistung, die nicht in einer solchen Sachleistung besteht, wie wir auch in dieser Weise die Verpflichtung zu einer Handlung der zu einer Sachleistung im w. S. (denn im e. Sinn ist unter Sachleistung die blose Gebrauchsverstattung nicht zu verstehen) entgegensetzen. Wie dare in jenem weiteren Sinn so bedeutet auch der Ausdruck praestare eben überhaupt jede Leistung. Nur hat das praestare auch noch die Bedeutung von haften für Etwas, und kommt daher auch in Verbindungen vor, in welchen das dare nicht vorkommen konnte (z. B. dolum, culpam praestare). Schief ist es, wenn Manche (auch Mühlenbruch Pand. § 322 Not. 1) sagen, der Ausdruck praestare werde vorzugsweise für Nebenleistungen gebraucht (fructus etc. praestare). Denn jener Ausdruck kommt nicht minder häufig auch für Hauptleistungen vor, eben weil er überhaupt jedes Leisten bedeutet.

40) Hierher gehören z. B. die Fälle der Not. 34, 35, 36 und auch das dare einer Servitut. Gewöhnlich wird zwar die auf Bestellung einer Servitut gehende act. str. jur., z. B. die Klage aus einer Stipulation, zu den Condictionen auf certa res, die Bestellung einer Servitut also zum dare eines

oportere bezeichnet es stets ein incertum. Allerdings aber wurde in der intentio der Ausdruck dare oportere schlechtweg blos

---

certum gezählt, namentlich auch von Puchta Institut. II § 165 Not. i und Savigny. Allein dieß ist mehr als zweifelhaft. Zwar scheint dafür zu sprechen die *l.* 19 D. VIII, 3 de S. P. R. („Si unus ex sociis stipuletur iter ad „communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest; „sed si omnes stipulentur sive communis servus, singuli ex sociis sibi „dari oportere petere possunt. . . .); denn mit der intentio auf dari oportere wird blos bei einer certa res geklagt. Allein diese Stelle würde, wenn man sie dahin auslegt, sie wolle sagen, in dem in ihr angegebenen Falle laute die intentio der Klage auf dari oportere, nicht zu vereinigen seyn mit vielen Stellen, in welchen von der str. jur. act. auf Bestellung einer Servitut und namentlich einer servitus itineris ganz bestimmt gesagt wird, sie sey eine incerti condictio z. B. D. VIII, 2 d. S. P. U. *l.* 35 (incertum condicere, ut servitus imponatur), XII, 6 de condict. indeb. *l.* 22 § 1 (incerti condicam, ut iter mihi concedatur), XIX, 1 de A. E. V. *l.* 8 pr. (condictio incerti competit, ut patiaris servitutem imponi). Hiernach wird man annehmen müssen, daß das dare einer Servitut stets ein incertum ist (denn wenn Ribbentrop Correalvbl. S. 234 gegen die beiden letzteren Stellen bemerkt, daß hier eigentlich keine Oblig. auf datio serv. begründet sey, aber der Billigkeit wegen eine condict. incerti aufs Interesse zugelassen werde: so sagen sie doch in der That davon nichts sondern das Gegentheil; überdieß übergeht Ribb. die *l.* 35 cit.). Auch sagt die *l.* 19 nicht das Gegentheil; denn sie sagt nicht, daß bei der Klage auf Bestellung eines iter die intentio auf ein dari oportere gehe, also certa sey, sondern nur, der Berechtigte könne auf Bestellung der Servitut klagen (sibi dari oportere petere); sie spricht daher blos im Allgemeinen die Befugniß aus, auf Bestellung der Servitut (dari servitutem) zu klagen; wie aber die intentio der Formel gefaßt werde, sagt sie gar nicht. — Der Grund, warum das dare servitutem ein incertum ist, liegt wohl darin, weil die Servituten etwas Unbestimmtes haben und zu ihrer Bestellung meist erst eine nähere Bestimmung Ausmittlung und Einrichtung erforderlich ist. In einigen Fällen könnte es scheinen, als ob dieser Gesichtspunkt nicht zutreffe, z. B. wenn der Nießbrauch an einem bestimmten Grundstücke eingeräumt werden soll, weil hier, wie Savigny V S. 618 sagt, die Grenzen der Handlung, wozu der Schuldner verpflichtet ist, durchaus nichts Ungewisses haben. Deßhalb war hier auch die Sache bei den Röm. Juristen bestritten. Allein am Ende wurde doch die Ansicht herrschend, daß auch hier der Gegenstand ein incertum sey, wohl wegen der völligen Unbestimmtheit der Dauer und somit des Werths des Rechts. D. de V. O. *l.* 75 § 3 („Fundi certi si quis usumfructum „stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse; „hoc enim magis jure utimur"). Zwar glaubt Savigny V S. 618, 629, daß bei der Klage aus der in dieser Stelle erwähnten stipulatio incerta die

dann gebraucht, wenn auf eine certa res geklagt wurde (z. B. X millia dare oportere, servum Stichum dare oportere, Gajus IV, § 53, 54 a. E. § 41), während, wenn die Klage auf das dare eines incertum sey es bei einer b. f. oder stict. jur. act. ging, die Formel stets auf dare (vel) facere oportere ging. Dieß erklärt sich durch Folgendes: Facere im weiteren Sinn bedeutet, wie praestare, jede Leistung, bestehe sie in irgend einem positiven Thun oder Unterlassen (l. de verb. signif. l. 218, 189, 175); in einem engeren Sinn aber bezeichnet es den Gegensatz zum dare im eigentl. Sinn, also jede Leistung, die nicht auf ein dare im eigentl. Sinn geht [41]. In diesem engeren Sinn bezeichnet daher facere immer ein incertum, da nur beim dare ein certum möglich ist. Allein da auch das dare auf ein incertum gehen kann (Not. 40): so würde eine blos auf ein facere im Gegensatze zum dare gefaßte Formel (facere oportere) nicht jedes mögliche incertum umfassen, sondern blos dasjenige, welches nicht auf ein dare geht, somit das dare eines incertum ausschließen [42]; weil

---

intentio doch auf usum fructum dari oportere gelautet habe, also die Klage eine certa gewesen sey. Allein unmöglich kann das in einer stipulatio incerta Zugesagte so, wie es zugesagt war, mit einer intentio certa eingeklagt werden (auch wären bei dieser Ansicht die Untersuchungen in l. 75 D. de V.O. ganz unerklärlich; vrgl. auch Gajus IV, 53 und Bethmann-Hollweg Versuche üb. Civilproz. S. 38 Not. 85). Auf eine andere Weise sucht Puchta l. c. die Stelle wegzuräumen, indem er vermuthet, ursprünglich sey in ihr vom Nießbrauche an einem fundus provincialis die Rede gewesen. Allein so kann man die Stelle schon deßhalb nicht erklären, weil dann das „hoc magis jure utimur" gar nicht erklärbar wäre, indem darüber, daß der Nießbrauch an einem solchen fundus ein incertum sey, gar kein Zweifel entstehen konnte.

41) J. III, 15 de V.O. § 7 D. XLV, 1 c. t. l. 2 pr. l. 72 pr. l. 91. Vrgl. auch Marezoll Gießn. Zeitschr. X S. 259 f.

42) Puchta II S. 103 sagt, weil der Ausdruck facere auch das dare mit enthalte, deßhalb werde in der Formel dieses Wort mit dem facere verbunden. Allein aus dem Ersteren würde eher das Gegentheil vom Letzteren folgen. Ich glaube vielmehr, weil in der Formel facere oportere das facere den Gegensatz zum dare bezeichnen würde, durch die auf ein incertum gehende Formel aber das dare nicht ganz ausgeschlossen seyn kann und soll, eben weil auch das dare auf ein incertum gehen kann, setzte man dem facere das dare bei, um

aber mit der intentio incerta häufig auch ein dare (eines incertum) gefordert wird, gebrauchten die Römer für die civilistische intentio incerta die Formel dare facere oportere, indem damit der ganze mögliche Umfang des incertum deutlich bezeichnet wurde [43]. Für die intentio bei b. f. actiones mußte stets diese Formel gebraucht werden; denn die b. f. actio ging stets auf ein incertum, weil die Rücksichten der bona fides, welche hier der Richter zu nehmen hatte, den Gegenstand der Forderung in seinem Betrage zu einem ungewissen machen; die Intentio ging daher hier immer auf ein dare [44] facere oportere mit dem Beisatze ex fide bona (Gajus IV, 47). Hieraus ergibt sich auch, daß die Formel dare oportere blos bei Condictionen vorkommen konnte (Gajus IV, 18), diese also namentlich dadurch ausgezeichnet waren, daß blos sie auf ein certum gingen. Aber hierauf beschränkt [45] waren sie nicht; sie konnten auch auf ein incertum und zwar sowohl auf das dare eines incertum, als auf ein reines facere gehen (condictio incerti; s. unten).

---

das Mißverständniß zu beseitigen, als ob jedes dare hier ausgeschlossen sey. Zum Theile anders erklärt es Savigny V. S. 590.

43) Gajus IV § 131, 136. Da, wo das dare facere nicht im Gegensatze zu der formula auf dare, sondern allgemein zur Bezeichnung des Gegenstandes eines Rechtsgeschäfts oder einer Klage gebraucht wird, bezeichnet natürlich dare sowohl das dare eines certum als das eines incertum z. B. J. III, 15 de V.O. pr. III, 19 de inut. stip. § 3 D. XLIV, 7 de O. et A. *l.* 25 XLV, 1 de V.O. *l.* 2 pr. C, VIII, 38 de contrah. stip. cst. 13. Ebenso ist es da, wo blos der mögliche Inhalt und Gegenstand einer intentio jur. civ. kurz bezeichnet werden soll. So sagt z. B. Gajus IV, 5: In personam actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones appellantur, d. h. diejenigen persönlichen Klagen heißen condictiones, deren intentio auf ein dari op. oder auf ein dari fierive op. geht.

44) Denn auch die b. f. actio kann auf ein dare gehen z. B. D. XIX, 1 de A. E. V. *l.* 11 § 2; aber wegen der Berücksichtigung Dessen, was die bona fides mit sich bringt, mußte die Formel stets unbestimmt gefaßt werden: quidquid ob eam rem dari fierive oportet; Gajus IV § 47, 60, 131. Vrgl. auch Savigny V S. 605.

45) Dieß sagt auch nicht Gajus IV, 18. Ueber diese häufig mißverstandene Stelle s. Savigny V S. 596, und über den § 15 J. IV, 6 de act. s. die folgende Note.

Hiernach lag der Unterschied zwischen der stricti juris actio und den b. f. actiones in dieser Hinsicht darin, daß die Letzteren niemals auf das dare eines certum gehen konnten, daß sie überhaupt stets nur auf ein dari fieri oportere ex fide bona (incertum) gingen, die Condictionen aber entweder auf dari oportere (bei einem certum) oder auf dari fieri oportere ohne den Beisatz ex fide bona (bei einem incertum) [46].

---

46) Deßhalb definirt Gajus IV, 5 die Condictionen durch persönliche Klagen, deren intentio auf dari fierive oportere (ohne den Beisatz ex f. b.) geht. Ebenso schreibt ihm Justinian in J. de act. § 15 nach, Condictionen seyen solche persönliche Klagen, quibus dare facere oportere intenditur. Freilich war es von Justinians Commission unpassend, dieß für die Institutionen in einer Fassung, als ob es noch gälte, abzuschreiben, weil man ja zu Justinians Zeit nicht mehr mit den alten formulae klagte. Außerdem enthält jene Institutionenstelle noch eine andere Ungenauigkeit, wenn sie gleich nachher durch einen ganz ungeeigneten und verfehlten Auszug aus Gajus IV, 18 die Condictionen auf solche Klagen beschränkt, deren intentio blos auf dare oportere geht, da ja die intentio bei den Condictionen auch auf dare facere op. geben konnte. Vrgl. Savigny S. 597. — Außer der auf dare facere op. gefaßten intentio scheint Gajus IV, 2 noch von einer auf praestare op. gehenden zu sprechen (in personam actio est, quoties cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus, dare, facere, praestare oportere). Keine der uns bekannten Formeln aber geht auf ein praestare. Marezoll (Gießn. Zeitschr. X S. 275 f.) glaubt, daß hier durch das praestare die b. f. actiones bezeichnet werden sollten, und dieß hat Vieles für sich; nur scheinen mir die Hauptgründe, welche Marezoll dafür anführt, nicht richtig zu seyn, und er überhaupt die Formel bei den str. jur. und den b. f. actionibus unrichtig aufzufassen (s. unt.). Dagegen soll nach Savigny V S. 599 f. und Puchta II § 165 in jener Stelle das dare facere sowohl auf str. jur. als auf b. f. actiones gehen, das praestare dagegen auf die civilen Delictsklagen, welche zwar strenge Klagen aber doch nicht eigentliche str. jur. actiones, keine condictiones gewesen seyen und deren Formel auf damnum decidere oportere gelautet habe (vrgl. unt. Not. 69). Allein nimmt man jene Stelle streng wörtlich, bezieht man sie also auf die Weise, wie die intentio der Klage wirklich lautete: so könnte man die auf ein damnum decidere op. lautenden Klagen nicht darunter begreifen; denn auch bei ihnen lautete ja die intentio nicht wörtlich auf ein praestare op., so wenig, wie bei den b. f. actiones. Muß man aber unter dem praestare op. blos eine intentio verstehen, die nicht auf ein dare facere op. schlechtweg geht, sondern auf etwas Anderes, das im Allgemeinen der Kürze wegen hier durch praestare

Aber auch bei dem dare eines certum muß man noch zwei wesentlich von einander verschiedene Fälle unterscheiden: das dare

---

angedeutet werden soll (und so muß man es nehmen, da es keine Formel auf praestare op. gibt, wenigstens so viel uns bekannt ist): so spricht sehr Vieles dafür, das praestare zu beziehen auf die intentio: dare facere op. ex fide bona, da die Fälle des damnum decidere op. jedenfalls der Sache nach stets auf ein dare facere schlechtweg, d. h. nicht ex f. b., gingen (Not. 69). Gajus mußte eigentlich gerade auf jene Bezeichnung der b. f. actiones im Hinblick auf die Definition kommen, welche er gleich nachher von den Condictionen gibt; denn wenn er IV, 5 sagt, Condictionen seyen Klagen mit einer intentio auf dare facere op. (Not. 43 a. E.): so konnte er IV, 2 die in personam actiones überhaupt nicht definiren durch Klagen, cum intendimus dare fac. op., weil dadurch nach IV, 5 alle bonae fidei actiones ausgeschlossen gewesen wären. Deßhalb fügte er bei der Definition der in person. actiones dem dare facere noch das praestare bei, um dadurch im Gegensatze zu den Condictionen die b. f. actiones kurz zu bezeichnen. Würde das praestare bei Gajus l. c. blos auf die Klagen mit der intentio damnum decidere op. sich beziehen sollen: so ist nicht einzusehen, warum Gajus nicht geradezu die letzteren Worte gebrauchte. Zwar erklärt dieß Savigny V S. 601 daraus, weil die Intentionen der einzelnen Delictsklagen wieder ihre Eigenthümlichkeiten gehabt haben sollen. Allein es ist sehr die Frage, ob es überhaupt mehrere Delictsklagen mit der Formel damnum decidere gab (unten Not. 69), und wenn auch mehrere Delictsklagen eine solche Formel hatten: so war doch das wesentliche ihnen Gemeinsame — wie auch Savigny annimmt — die Fassung auf damnum decidere op., durch das sie sämmtlich gerade eben so genau bezeichnet worden wären, wie nach Savigny's Auslegung der Stelle durch das bloße dare facere die stricti juris und bonae fidei actiones. Jedenfalls ist aber die Definition von in personam actio, welche hier Gajus gibt, zu eng, da er die formulae in factum conceptae wegläßt (Gaj. IV, 106), selbst diejenigen, die auch ex contractu gegeben werden (Gaj. IV, 47); denn auf diese kann man die Stelle gar nicht beziehen, weil sie keine auf ein oportere lautende intentio hatten. Vollständiger ist in dieser Hinsicht die verwandte Stelle bei Justinian in J. de act. § 1; denn die Worte et aliis quibusdam modis kann man hier auch auf die formulas in factum conceptas beziehen, wie z. B. Schrader Institut. ad. § cit. mit Recht annimmt. Ebenso ist die Definition, welche Ulpian in l. 25 pr. D. XLIV, 7 de O. et A. von den persönlichen Klagen gibt („in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum") besser und vollständiger, als die, welche Gajus IV, 2 gibt (nicht umgekehrt, die von Gajus richtiger, wie Marezoll a. a. O. S. 293 glaubt); denn ad faciendum vel dandum obligatus ist man bei allen persönlichen Klagen, auch bei den form. in factum conceptae. Wenn dieser Definition Paulus in l. 3 pr.

einer bestimmten Geldsumme und das dare einer anderen bestimmten Sache, und so erhalten wir für die aott. str. jur. folgende drei wesentlich von einander verschiedene Fälle:

1. Die Klage auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme (certa pecunia). Hier war die Formel der Intention dare oportere (z. B.: si paret, Numerium Aulo sestert. X millia ex testamento dare oportere; Gajus IV § 41, 86).

2. Die Klage auf dare einer anderen certa res, wieder mit der Formel dare oportere (z. B. si paret, Nm. Ao. servum Stichum ex stipulata dare oportere).

3. Die Klage auf Leistung eines incertum. Hier ging die Intention auf dare facere oportere und zwar ganz unbestimmt, z. B. quidquid ob eam rem Nm. Ao. dare facere oportet (Gajus IV, 136). Die Formel war hier die gleiche, wie bei den b. f. actiones, weil diese stets auf ein incertum gehen, nur daß die b. f. actiones bei dem oportere noch den Beisatz ex fide bona hatten. Gegenstand einer solchen incerti condictio konnte jedes incertum seyn, das dare eines incertum (Not. 40) oder ein facere, wie die Fälle der Note 33, 37, 38.

Diese drei Fälle der str. jur. actiones sind von einander so verschieden, daß natürlich daran auch praktische Verschiedenheiten sich knüpften. Wird mit einer act. str. jur. auf eine bestimmte Geldsumme geklagt (Nr. 1): so kann der Juder nur auf diese bestimmte Summe verurtheilen, weder auf mehr noch auf weniger; die intentio und condemnatio in der Formel

---

eod. noch ein „vel praestandum“ (d. h. hier „oder zu einem sonstigen Leisten überhaupt „vrgl. auch D. XIX, 1 de A. E. V. *l.* 13 § 6) hinzusetzt: so war hier ein solcher Zusatz völlig überflüssig, da schon durch facere und dare alle mögliche Leistungen bei Obligationen umfaßt werden. Was im Uebrigen die Ansicht von Marezoll über die auf dare und facere lautende Intentio betrifft: so ist es entschieden unrichtig, wenn er (a. a. O. S. 251, 275 f. 297 f. 309 f.) drei Klassen von Intentionen unterscheidet, nämlich dare facere, dare allein und facere allein und die beiden letzteren blos auf die str. jur. actt., die erstere auf die b. f. actt. bezieht; denn eine intentio auf facere allein gab es gar nicht, und die intentio auf dare facere hatte ja auch die str. jur. act., wenn sie auf ein incertum ging. S. auch Savigny V S. 600 Puchta II § 165 Not. y.

geht hier durchaus auf ein certum; denn auch in der condemnatio ist nicht die geringste Unbestimmtheit, nicht erst ein Werth zu ermitteln, eine Sache zu taxiren (Gajus IV § 41, 43, 50). Forderte der Kläger zu viel, war also seine intentio certa nicht durchaus im angesprochenen Maaße begründet: so wurde er unbedingt abgewiesen und zwar für immer, da er wegen der eingetretenen Consumtion seines Rechts durch den eingeleiteten Prozeß dasselbe gar nicht mehr verfolgen konnte (Erört. XII nach Not. 14); forderte er zu wenig: so verlohr er zwar das Recht auf das schuldige Mehr nicht, er konnte es aber erst unter einem neuen Prätor verfolgen (Gajus IV § 56, 122). Von Accessionen des Eingeklagten konnte hier gar nicht die Rede seyn (vrgl. auch S. 54). Dagegen konnte hier eine bedeutende Succumbenzstrafe vorkommen, indem jede Parthie von der anderen die Zusage (sponsio et restipulatio, diese vom Kläger, jene vom Beklagten) verlangen konnte, im Falle des Unterliegens den dritten Theil der eingeklagten Hauptsumme, also ein Succumbenzgeld von 33 1/3 Procent, zu bezahlen [47].

Würde auf eine andre certa res geklagt (Nr. 2): so war zwar auch hier die intentio eine certa (z. B.: si paret, servum Stichum dari oportere) und deßhalb verlohr der Kläger, wenn er in der intentio zu viel forderte, auch hier unbedingt den Prozeß [48]; allein die Condemnationsformel war eine incerta.

---

47) Gajus IV § 13, 171, 180 Cicero pro Roscio comoed. IV, 5 Savigny V S. 611. Eine solche Klage konnte daher nicht blos für den Beklagten, sondern auch für den Kläger mißlich werden, da auch der Kläger, wenn er abgewiesen wurde, die Succumbenzsumme bezahlen mußte. Zwar glaubt Savigny (wohl im Zusammenhange mit seiner Ansicht über das Princip der Condictionen vrgl. Not. 56), bei einer wohl begründeten mit guten Beweisen versehenen Klage sey diese Gefahr für den Kläger nicht bedeutend gewesen, und scheint die Sponsion mehr als zu Gunsten des Klägers eingeführt anzunehmen. Allein die Gefahr war wohl für beide Theile ziemlich die gleiche (wie auch Gajus IV, 13 es auffaßt), da sich nicht immer voraus ermessen ließ, wie der Richter die Beweise der Klage und der Einreden beurtheilen werde, und da der Kläger, sobald er in der Intentio seine Forderung nur um das Geringste zu hoch angab, also beim geringsten Verstoße in der Summe, sein ganzes Recht verlohr und noch dazu die Succumbenzsumme zahlen mußte.

48) Ein solches Zuvielfordern konnte auch darin liegen, daß man einen be-

Denn da die Verurtheilung stets auf Geld zu gehen hatte (S. 15): so mußte hier der Richter, wenn es zur Verurtheilung kam, die Sache erst taxiren, und ungewiß war es jedenfalls, wie er sie taxiren werde[49]. Hieraus erklärt es sich, daß diejenige Condiction,

---

stimmten Gegenstand (also durch eine blos auf ihn gerichtete intentio certa) forderte, während dem Beklagten zwischen mehreren die Wahl zusteht, man also mit einer intentio incerta hätte klagen sollen Not. 34 und Gajus IV, 53.

49) Natürlich, wenn es wirklich zur Verurtheilung kommt, muß der Juder eine bestimmte Summe aussprechen (Gajus IV, 52): aber in der Instructionsformel kann die Summe nicht ausgedrückt, sondern der Juder blos zur Taxation der Sache angewiesen werden. Die Formel der condemnatio war hier wohl; quanti ea res est, tantam pecuniam condemna. Gestritten wird aber dann darüber, ob das quanti ea res est blos den wahren Werth der Sache an sich bezeichnet. (so z. B. Puchta II § 165 Not. r.), oder wie Savigny V Beil. XII und S. 613 f. annimmt das ganze Interesse des Klägers. Zwar wurde wohl im älteren Röm. Sprachgebrauch das quanti res est gewöhnlich für den bloßen Sachwerth, das verum rei pretium, die rei tantum aestimatio im Gegensatze zum ganzen Interesse genommen, während er später immer mehr aufs ganze Interesse bezogen wurde (so gibt die Lex Aquilia eine Klage auf quanti res fuit, und dieß bedeutete ursprünglich, wie die Röm. Juristen sagen, den bloßen Sachwerth, später aber wurde es aufs ganze Interesse bezogen; D. IX, 2 ad. *l.* Aq. *l.* 21 pr. § 2 *l.* 22 J. IV, 3 e. t. § 10 Savigny S. 443; vrgl. auch D. XLIII, 17 uti poss. *l.* 3 § 11 Savigny S. 442), so daß wir allerdings in den Justinianischen Quellen des q. e. r. e. im Zweifel auf das Interesse beziehen müssen und nur da auf den bloßen Sachwerth, wo dieß besonders angedeutet ist (wie in D. II, 2 quod. quisq. jur *l.* 1 § 4; über *l.* 179 und 193 de V. S. vrgl. Savigny S. 458 f.). Hieraus würde sich aber freilich noch nicht ergeben, daß in den alten Klagformeln das quanti e. r. e. auch das ganze Interesse bezeichnet habe. Entscheidend für den Sinn jener Formel dürfte aber seyn, daß in den wenigen Fällen, in welchen Gajus derselben erwähnt, sie bestimmt aufs Interesse geht, so bei den in rem und ad exhibendum actionibus (Gajus IV, 51 vrgl. mit D. VI, 1 de R.V. *l.* 68 X, 4 ad exhibendum *l.* 9 § 8 *l.* 10, 11 pr. § 4) und überhaupt bei den arbitrariis act. (Gajus IV, 163) und er nirgends dabei andeutet, daß hier quanti res est in einem besonderen Sinn oder in einem anderen Sinn, als sonst bei Condemnationen zu nehmen sey. Vielleicht ging es bei der Condictionsformel auf quanti e. r. e. ähnlich wie bei der Formel der Lex Aquilia (quanti ea res in eo anno plurimi fuerit), d. h. ursprünglich bedeutete sie den bloßen Marktwerth der Sache, später aber dehnte man sie auf das ganze Interesse des Klägers aus. Bei der condictio furtiva ist gewiß, daß der Richter das ganze Interesse in Anschlag bringen mußte D. XIII, 1 de condict. furt. *l.* 3.

welche nicht blos eine intentio certa sondern auch eine condemnatio certa hatte, die Condiction auf certa pecunia (Nr. 1), vorzugsweise durch den Namen actio si certum petetur ausgezeichnet wurde [50]. Ob aber überhaupt der Ausdruck certum petere und ob die Benennung certi condictio durchaus blos auf diesen Fall (condictio auf certa pecunia) zu beschränken oder auch für den zweiten Fall, bei Condictionen auf eine andre res certa, gebraucht worden sey, ist nicht ganz unzweifelhaft. Am meisten spricht wohl dafür, daß die Röm. Juristen jene Ausdrücke im Allgemeinen für jede condictio auf certa res gebrauchten (was auch das Natürlichere wäre, da sie unter incerti condictio ganz unzweifelhaft blos die verstanden, welche nicht auf certa res, weder auf certa pecunia noch auf alia certa res ging), daß sie aber in einem engeren Sinn und im Gegensatze zur triticaria condictio den Ausdruck actio si certum petetur auf die Condiction einer bestimmten Geldsumme beschränkten [51].

---

50) D. XIII, 3 de condict. tritic. Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur, si certum petetur; qui autem alias res, per condictionem triticariam petet.

51) Die Ansichten hierüber sind verschieden. Viele, besonders auch Savigny V S. 624 f., beschränken den Ausdruck certi condictio auf bestimmte Geldsummen. Andere dagegen glauben, certum habe auch in Verbindung mit condictio in der Regel den Sinn, den es sonst gewöhnlich hatte, gehe also auf jede res certa, der Ausdruck umfasse somit in der Regel alle condictiones die auf ein dare gingen, sey es auf das dare einer bestimmten Geldsumme oder einer anderen certa res; dabei sey aber die Condiction auf eine bestimmte Geldsumme auch noch speciell und vorzugsweise durch actio si certum petetur bezeichnet worden. Für diese Ansicht s. besonders Bethmann-Hollweg Versuche S. 37—41 Schilling Institut. II § 104 Not. s. v. Bestimmt für dieselbe sind auch die Institutionen, indem es in J. III, 15 de V.O. pr. von der Stipulation heißt: ex qua duae proficiscuntur actiones, tam certi condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta (vrgl. auch D. XII, 1 de R.C. *l.* 24). Ebenso wird auch certi condictio in D. de R.C. *l.* 9 pr. in diesem Sinn zu nehmen seyn, um so mehr als gerade vorher (*l.* 6 eod.) das certum dahin definirt wird: cujus species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit, ostenditur (Demjenigen, was Savigny V S 625 bei der Erklärung der *l.* 9 cit. für seine Ansicht bei

Im dritten Falle (S 71 Nr. 3), wenn die Condiction auf ein incertum geht, also hier sowohl die intentio als condemnatio unbestimmt gefaßt ist, heißt sie condictio incerti (D. XII, 7 de condict. sine causa *l.* 3 XLVI, 2 de novat. *l.* 12). Häufig wird aber hier auch die Bezeichnung condictio vermieden und die Klage durch actio bezeichnet; so wurde namentlich die Klage aus einer incerta stipulatio actio ex stipulatu genannt (Not. 51), ohne daß sie aber deßhalb aufgehört hätte, in den Kreis der Condictionen zu gehören, wie sie auch auf die gleiche Weise formulirt wurde, wie jede andere condictio incerti (Gajus IV, 136).

Noch kommt der Ausdruck triticaria condictio vor

Not. b. anführt, möchten manche Stellen widersprechen, z. B. D. XIX, 1 de A. E. V. *l* 11 § 6). Damit würde auch übereinstimmen, daß Gajus IV § 54. 131 bei der Pluspetition die Ausdrücke incerta formula, incerta actio, formula qua incertum petimus blos auf solche formulae in jus conceptae beschränkt, deren intentio weder auf eine bestimmte Geldsumme noch auf eine andre res certa geht, also unter certa formula, formula qua certum petimus hier auch diejenigen formulas in jus conc. begreifen mußte, welche auf alias certas res (außer Geld) gehen. Hiernach bezeichnet bei den Condictionen das certum in der Regel den Gegenstand der alten Condictionen (bei den legis actiones, vor den Zeiten des Formularprozesses Gajus IV, 19) und ist überhaupt certum und incertum in der Regel in demselben Sinn bei den Condictionen zu nehmen, wie bei den Stipulationen (Not. 32 f.) und bei der confessio in jure (wer certum confessus est, gilt pro judicato). Zwar gebraucht Savigny V 630 gerade die confessio in jure als ein Argument für seine Ansicht, indem er meint, certum in *l.* 6 pr. XLII, 2 de confess. bedeute blos pecunia certa, und selbst Hollweg a. a. O. S. 39 und 264 und Schilling a. a O. geben dieß für diese Stelle zu. Allein wohl mit Unrecht. Denn daß certum auch in jener Stelle nicht blos Geld sondern auch alias certas res umfasse, beweist sich durch *l.* 5, besonders aber durch *l.* 6 § 2 eod. Nicht entgegen ist *l.* 6 § 1 eod., wie man gewöhnlich glaubt; denn wenn man nur diese wohl etwas verdorbene Stelle richtig interpungirt und übersetzt, so sagt sie blos: „Wer ein incertum bekennt, sey es ein corpus z. B. den Stichus oder einen fundus (d. h. eine alternative Schuld, oben Not. 34) ist anzuhalten, daß er über eine bestimmte Sache sich erkläre, ebenso, wer nur durch ihre Quantität bestimmbare Sachen unbestimmt bekennt, anzuhalten, daß er eine bestimmte Summe angebe." Gerade diese Stelle bestätigt es noch besonders, daß wer irgend eine bestimmte Sache oder Summe (sey es Geld oder Anderes) zu schulden bekennt, ein certum eingestanden habe.

(von triticum Getreide, einem der namentlich für Rom wichtigsten Verkehrsgegenstände) [52]. Nach der Definition, welche die *l.* 1 de condict. trit. (Not. 50) von dieser Klage gibt, wurde durch triticaria condictio eine solche Condiction bezeichnet, welche nicht auf eine bestimmte Summe Geldes geht. Ob aber der Name für jede andere als auf Geld gehende Condiction also auch für die condictio incerti gebraucht wurde oder blos für diejenige condictio certi, welche auf andere res certas (außer dem Gelde) geht, darüber ist Streit. Unter den Neueren sind z. B. Gans und Savigny der Ersteren, Puchta der letzteren Ansicht [52a]. Ueberwiegende Gründe sprechen jedoch dafür, das Erstere anzunehmen [53]. Uebrigens ist diese Frage (d. h. ob alle Con-

---

52) Ueber die Herleitung und Erklärung des Namens vrgl. Savigny V S. 576 f.

52a) Vrgl. Gans Ueb. Röm. Oblig.R. S. 48 f. Savigny V S. 626 f. Puchta Institt. II § 165 Not. ff. Jedenfalls hat Gans das Verdienst, die irrigen und zum Theile wunderlichen Ansichten, welche früher durchaus mehr oder minder über die triticaria condict. herrschten, widerlegt und zuerst über die cond. trit. recht orientirt zu haben. Bei den irrigen Ansichten der Aelteren wirkte hier besonders auch ein, daß sie den S. 15 angeführten Grundsatz nicht genau kannten und deßhalb in den von der aestimatio rei sprechenden Stellen des Titels de condict. trit. etwas auf die Fälle dieser Klage Bezug habendes Besonderes suchten. Wer die Irrthümer der Aelteren näher kennen lernen will, lese nur z. B. Lauterbach Coll. Pand. XIII, 3 Hofacker Princ. § 1749 J. L. Schmidt Lehrb. v. Klagen und Einr. (IX Ausg. v. Martin 1845) § 1384 f. und Glück Pandect. XIII S. 262 (Thibaut Pandect. § 189 Not. 9 citirt solche Aeltere neben Gans, als ob sie schon die Gans'sche Nachweisung gegeben hätten!) Noodt sagt geradezu, er verstehe die Bedeutung dieser Klage nicht. Eigenthümlich scheint die Ansicht von C. F. v. Reinhardt Ergänzungen zu Glück Bd. IV S. 483 f. Er sagt, „die condict. trit. finde da statt, wo keine andere Art von condictio Platz greife." Diese Ansicht ist schon an sich unbegreiflich, vollends aber als eine (freilich ohne alle Erwähnung von Gans) im Jahre 1838 aufgestellte.

53) Denn wenn man auch von den im Titel de condict. tritic. als Fälle dieser condictio angeführten zwei Beispielen, auf welche sich Savigny stützt und deren Beweiskraft Puchta a. a. O. in Abrede zieht, ganz absehen will: so sagt die *l.* 1 de condict. tritic.: eas res per hanc actionem peti, quae sunt praeter pecuniam numeratam, keineswegs aber spricht sie blos von certae res, und dann führt sie als Fälle der condict. tritic. an: usum-

dictionen, welche nicht auf Geld gehen, also auch die condictio incerti oder ob blos die Condictionen auf alias certas res jenen Namen geführt haben) im Ganzen ohne besondere Bedeutung, wie überhaupt auch bei den Röm. Juristen der Name triticaria condictio nur sehr selten gebraucht worden zu seyn scheint [54] und er in den auf uns gekommenen Quellen blos im genannten Pandectentitel vorkommt. Um aber Irrthümer der Aelteren (Not. 52 a) zu vermeiden und die praktische Beziehung oder vielmehr Bedeutungslosigkeit der condict. trit. für unsre Zeit richtig aufzufassen, ist jedenfalls Das wohl zu beachten, daß triticaria condictio nichts Anderes ist, als der gemeinsame Name für eine Reihe von stricti juris actiones (für alle, welche nicht auf eine genau bestimmte Summe Geldes gehen).

III.

Was die Frage betrifft, welche einzelne Klagen stricti juris, welche bonae fidei waren: so sind sowohl über das Princip, durch welches sich das Röm. Recht hierbei bestimmen ließ, und über den historischen Gang, den die Ausbildung jener Verschiedenheiten nahm, als auch über die einzelnen Fälle die Ansichten stets sehr verschieden gewesen. Indessen haben über die einzelnen Fälle die Forschungen der neueren Zeit, namentlich die von Gans und Mühlenbruch und nun vorzüglich die von Savigny die Sache allmählig so festgestellt, daß in dieser Beziehung nur über wenige Punkte noch Streit übrig bleibt [55]. Was dagegen die Frage über das Princip betrifft, aus welchem sich das Einzelne bildete und zu erklären ist: so würde es nach dem Hauptzwecke dieser Erörterungen (s. Vorr. zu H. 1) zu weit gehen, ausführlich über dasselbe mich hier zu verbreiten. Für

---

fructum vel servitutem utrorumque praediorum petere; dieß sind aber gerade, wie gezeigt wurde, Fälle einer condictio incerti.

54) Vrgl. auch Schilling Institut. II § 104 Not. v. a. E. Savigny V S. 631.

55) Vrgl. Not. 57. Es wird wohl jetzt nicht leicht mehr irgend Jemand der Ansicht Thibaut's seyn, welcher (Pandect. R. § 71 und in seinen Dictaten bei Froben I S. 79) meint, nur die Klagen aus einer Stipulation seyen str. jur. gewesen. In der That ist es sehr auffallend, daß Thibaut noch in der 8. Aufl. seines Pand.R. im Jahr 1834 eine solche Ansicht vortrug.

jenen Zweck ist es eigentlich nur nöthig, zu zeigen, in welchen einzelnen Fällen die Klage str. jur., in welchen sie b. f. war. Dieß um des praktischen Interesses willen, damit nicht Grundsätze, welche in unsren Rechtsquellen bei einzelnen Klagen ausgesprochen werden und die lediglich ein Ausfluß aus der Natur dieser Klagen als strenger Klagen waren, auch jetzt noch als praktisch behandelt und auch bei uns irrig angewendet werden, wie dieß nicht selten auch von Solchen geschieht, welche von der Ansicht ausgehen, daß bei uns alle Klagen nach den Grundsätzen der b. f. actt. zu behandeln seyen. Nur wird bei dieser Entwicklung des Einzelnen eine Andeutung meiner Ansicht über das Princip selbst nicht zu umgehen seyn [56].

---

56) Ich gestehe, daß ich in dieser Beziehung manche Zweifel gegen die scharfsinnige und wirklich blendende Ausführung Savignys habe, nach welcher die Condictionen aus dem einfachen gemeinschaftlichen Princip abzuleiten seyn sollen, daß sie durch den höheren Schutz, den sie enthielten, dem Gläubiger die Eigenthumsklage, die er an einer weggegebenen oder ihm sonst entzogenen Sache verlohren hatte, gleichsam ersetzen sollen (eine Ansicht, welche auch schon Mühlenbruch Cession 3. A. § 11 Not. 214 wenigstens in Beziehung auf die Klage aus dem Darlehen andeutete), daß also, abgesehen von einigen positiven Erweiterungen, die man auf eine solche Grundlage nicht zurückführen könne, Grund und Bedingung der Condictionen eine Bereicherung des Schuldners aus dem Vermögen des Gläubigers, welche jetzt wieder rückgängig gemacht werden soll (eine wirkliche, wie bei Darlehen und bezahlter Nichtschuld, oder eine fingirte, wie bei Stipulation und Legat) gewesen sey. — Abgesehen davon, daß Savigny's Argumentation, z. B. V S. 109, auch in manchen anderen als den von ihm gesetzten Fällen (z. B. bei Verkauf auf Borg) auf eine stricti juris actio führen würde und daß jene s.g. positiven Erweiterungen und die civilen Delictsklagen manche Bedenken gegen seine Ansicht erregen (vrgl. unten Note 69 und nach Not. 97 Nr. III): so könnte man zunächst fragen, warum gerade eine stricti juris actio Ersatz der Eigenthumsklage seyn sollte und nicht eben so gut eine freie Klage, wie ja die rei vind. selbst (die formula petitoria) eine freie Klage war, oder warum nicht eine Wahl zwischen freier und strenger Klage gegeben wurde, wie gerade bei der Verfolgung des Eigenthums (per sponsionem oder per formulam petitoriam; Gajus IV, 91 sq.). Nach Savigny würde sich dieß so erklären: Die str. jur. actio war eigentlich der einzige Weg, durch eine persönliche Klage vor dem Richter Recht zu erlangen, die Sache vor einen eigentlichen Richter zu bringen; hiernach bestände der Ersatz für die rei vind. darin, daß man in solchen Fällen allein ein wahres vor dem Richter zu verfolgendes Recht, eine wahre Klage

Das strictum jus in seinem oben entwickelten Charakter gewährte dem Gläubiger, wenn gleich es ihm nicht in allen Be-

---

und das Daseyn einer wahren obligatio nach Civilrecht anerkannte (Savigny V. S 112, 487, 545); die b. f. negotia dagegen seyen eigentlich nur unter dem Schutze redlicher Sitte gestanden, und wenn auch bei ihnen eine richterliche Hülfe nicht versagt worden sey: so habe man doch nicht sowohl eine strenge Verpflichtung nach Civilrecht, als vielmehr die Anerkennung der guten Sitte zum Grunde gelegt und dieß dadurch ausgeführt, daß man den Parthieen nicht einen eigentlichen Judex aus dem album judicum gab, sondern sie blos nöthigte, über einen frei zu wählenden Schiedsrichter sich zu vereinigen, welcher nicht wie der eigentliche Richter Das was das strenge Recht gebiete, sondern was nach redlicher Sitte von selbst und ohne Zwang zu beobachten sey, festzustellen und die Sache nach seinem unpartheiischen Rechtsgefühle ohne Rücksicht auf die buchstäblichen Vorschriften des Civilrechts (also doch nach bestehendem Civilrecht?) zu entscheiden gehabt habe (Savigny V S. 110, 112, 488, 489). — Allein dieß ist gerade eine Hypothese, gegen welche die Wahrscheinlichkeit sehr zu streiten scheint. Abgesehen davon, daß die Verschiedenheit zwischen Judex und Arbiter, wie sie Savigny nimmt, nicht erwiesen und auch nicht wahrscheinlich ist (ob. S. 6 Nt. 10), so müßte man nach jener Hypothese einen historischen Entwicklungsgang der Sache annehmen, wie er sich nicht annehmen läßt; denn nach ihr wäre blos das strictum jus das eigentliche Recht gewesen, würden blos die Condictionen eigentlichen richterlichen Schutz gewährt, die einzig zulässigen eigentlichen Klagen (s. Savigny S. 487 unt.) gebildet haben; alles außerhalb derselben Gelegene wäre blos Sache der Sitte gewesen und in den Kreis des objectiven Rechts nicht eigentlich gefallen, und wenn man auch in soweit es in den Rechtskreis zog, daß man die Parthieen zwang, sich dabei einem Schiedsrichter zu unterwerfen: so wären die betreffenden Klagen doch keine eigentlichen wahren Klagen gewesen, welche zu einer Entscheidung nach objectiven Rechtsnormen führten (dieß muß man nach Savigny's Ausführung an den angeführten Orten annehmen, obwohl er sich in Manchem, vrgl. z. B. V S. 112 mit 115 S. 488 mit 487, schwankend über die Natur dieser Klagen äußert). Hiernach müßten sich dann allmählig die nicht strengen Klagen in eigentliche Klagen verwandelt haben und der Richter bei ihnen immer mehr an objectives Recht gebunden worden seyn (denn daß im classischen Röm. Recht die Natur der b. f. actt. nicht mehr die war, wie sie Savigny V S. 112 f., 488 f. beschreibt, nach welcher bei ihnen von einem eigentlichen Richteramte nicht die Rede war, sondern nur von einer ganz freien schiedsrichterlichen Entscheidung, sie nicht eigentliche wahre Klage waren ꝛc., wird wohl keinen Zweifel leiden). So würde man eigentlich zu der Annahme kommen müssen, daß die Natur der b. f. actt. sich in Hauptpunkten allmählig dem strictum jus genähert habe, während gerade umgekehrt, wie Savigny

ziehungen günstig war, doch den Vortheil eines entschiedenen strengen rücksichtsloseren (directum, asperum simplex, Cicero

---

selbst nachweist, die str. jur. actiones sich mehr und mehr den freien Klagen näherten. Auch möchte es schwer seyn, Das, was Savigny vom Gegensatze zum strictum jus namentlich von den b. f actt. in den angeführten Stellen sagt, mit dem System der freien Klagen überhaupt (welche ja, auch soweit sie nicht b. f. actt. waren, doch im Wesentlichen wie diese behandelt wurden), zu vereinigen. Soll in allen Fällen der freien Klagen, z. B. auch bei den in rem. actt. und namentlich bei der strengen Condemnatio in den Fällen der arbitrariae actiones (S. 19) ꝛc. von keinem eigentlichen Richteramte, keiner eigentlichen Klage u. s. w. die Rede gewesen oder soll es bei ihnen wesentlich anders gehalten worden seyn? Wie soll es sich ferner erklären, daß auch bei allen freien Klagen und namentlich bei den b. f. actt. der Arbiter in der Formel immer mit einem judex esto bestellt wurde? wie wären die vielen Fälle zu erklären, in welchen für denselben Endzweck eine str. jur. actio electiv mit einer b. f. actio gegeben wurde, und wie soll es sich vereinigen lassen, daß die Condiction für den Kläger einen Schutz höherer Art wegen der ihm unmöglichen Vindication der Sache bilden soll (Savigny V S. 109, 110), während Savigny in anderen Stellen (z. B. V S. 113, 487) behauptet, daß hier von einer absichtlichen Begünstigung des Klägers oder von Klagen, wodurch man dem Kläger einen strengeren Schutz gewährt hätte, nicht die Rede seyn könne? Ueberhaupt spricht noch gegen Savignys Hypothese der Umstand, daß in einer Menge von Fällen eine Condictio statt hatte (und wie Savigny S. 639, 642 annimmt, schon ursprünglich) in welchen sie einen Ersatz für eine verlohrne Eigenthumsklage gar nicht bilden konnte (z. B. bei einem stipulirten facere im e. S., die condict. indebiti auf Liberation bei einem geleisteten Versprechen, auf die Bereicherung bei Leistungen, die nicht in Sachleistungen bestanden ꝛc. vrgl. auch Not. 93, 72), und daß Fälle vorkommen, in welchen keine Condictio sondern eine b. f. actio statthatte, während sie nach Savignys Hypothese einen Condictionsfall hätten bilden müssen. So müßte, um nur das Eine anzuführen, nach Savignys Princip die durch Fiducia weggegebene Sache mit einer Condictio zurückzufordern gewesen seyn, weil der Weggebende das Eigenthum an der Sache somit die rei vind. verlohr. Allein Gajus IV, 62 sagt ganz allgemein: Sunt autem bonae fidei judicia ... fiduciae, pro socio u. s. w. Zwar meint Savigny S. 517, die fiducia habe eben zwei Klagen erzeugt, eine Condiction nach seinem Princip und eine b. f. act., welche zugleich arbitraria gewesen sey, weil diese das einzige Mittel dargeboten, dem Kläger die Realrestitution zu verschaffen, worauf er doch den billigsten Anspruch gehabt habe. Allein davon finden wir in den Quellen keine Spur, und es ist diese Hypothese mit der allgemeinen Erklärung von Gajus, daß das fiduciae judicium ein judicium bonae fidei gewesen sey, und mit einer gleichen Erklärung bei Cicero sowie auch mit der contraria fiduciae actio (Paulus Sentent.

pro Rosc. com. V) und eben dadurch gewöhnlich auch rascheren Verfahrens. Seiner ganzen Natur nach war es das dem Geiste des älteren Röm. Rechts Angemessenere, wie wir überhaupt finden, daß jugendliche Rechte mehr an strenge Formen und Aeußerlichkeiten halten und nur allmählig durch eine freiere Entwicklung sich mildern. Bildete aber auch das strictum jus die Grundlage des civilistischen Obligationenrechts: so konnte es doch seiner ganzen Natur nach nicht leicht Anwendung leiden auf Rechtsverhältnisse, bei welchen verschiedene nicht in strenge Formeln zu bringende gegenseitige Beziehungen der Parthieen, ihre Ansprüche und Gegenansprüche, ganz besonders abzuwägen sind oder bei welchen in wichtigeren Beziehungen nothwendig auf Treue und Glauben gebaut werden muß und nicht Alles scharf durch ausdrückliche Verabredung bestimmt werden kann oder sich nicht durch eine genau begrenzte und scharf auffaßbare und beurtheilbare Leistung bestimmen läßt oder deren innere Natur zum Theile etwas durchgreifend Unbestimmtes und gar nicht scharf Fixirbares (wie z. B. bei Geschäftsbesorgungen, Vereinbarung zu gemeinsamer Thätigkeit) in sich trägt. Daraus erklärt es sich wohl, daß von den formulae in jus conceptae die nachbenannten nicht str. jur. actiones oder condictiones, sondern b. f. actiones waren, nämlich die Klagen aus Kauf, Mieth- und Pachtvertrag, Geschäftsführung, Auftrag, Hinterlegung, Gesellschaftsvertrag, Vormundschaft, Leihvertrag, Faustpfand, die Theilungsklagen, die praescriptis verbis actio bei den

---

II, 13 § 7) unvereinbar. Auch wäre es bei jener Annahme Savigny's nicht leicht erklärlich, warum nicht auch z. B. in den in Note 79 und 80 angef. Condictionsfällen, wenn der Kläger eine Species weggegeben hatte, neben der condictio noch eine b. f. actio statt hatte; denn auch hier könnte man sagen, daß die b. f. actio als arbitraria das einzige Mittel gewesen wäre, dem Kläger die Realrestitution zu verschaffen, worauf er doch in solchen Fällen ebenfalls billig hätte Anspruch machen können. Dagegen erklärt sich der Umstand, daß das fiduciae judicium nicht str. jur. war, vollkommen aus dem Princip, von welchem ich bei der Erklärung der einzelnen Fälle der str. jur. und b. f. act. ausgehe (Not. 58).

ſ.g. Innominatcontrakten, die Klage auf Zurückgabe der dos (actio rei uxoriae) und die abgekommene actio fiduciae [57].

Hiernach blieben von den formulae in jus conceptae für den Kreis der str. jur. actt. noch zwei Hauptclaſſen von Fällen übrig, welche ſich gerade durch einen eigenthümlichen für ein strictum jus geeigneten Charakter auszeichnen, durch den ſich auch die Anwendung der Strenge und die durchgreifendere Rückſichtsloſigkeit des strictum jus erklären mag. Es ſind Rechtsverhältniſſe von einer in ihrer Grundlage durchaus einſeitigen Natur, bei denen blos die eine Parthie zu einer Leiſtung verpflichtet iſt und zwar bei Sachleiſtungen in der Regel zu Leiſtung einer Sache, die nicht ſchon dem Kläger gehört, und wobei die Natur des Rechtsverhältniſſes auch nicht aus zufälligen Gründen eine den Gegenſtand des Rechtsverhältniſſes unmittelbar betreffende Nebenverpflichtung des Berechtigten gegen den Schuldner entſtehen läßt [58]. Dieſe zwei Hauptklaſſen, bei wel-

57) J. IV, 6 de act. § 28, 29 Gajus IV, 62. An die Stelle der act. rei uxoriae ſetzte bekanntlich Juſtinian eine ex stipulatu actio, aber mit der Beſtimmung, daß ſie ganz nach den Grundſätzen der b. f. judicia behandelt werden ſolle; J. § 29 cit. Ueber die act. finium regund. ſ. Savigny V S. 484 Not. e und über die hereditatis petitio unten Not. 107. Von den actt. praescriptis verbis führt Juſtinian in dem § 28 cit. blos zwei Fälle an, und deßhalb behaupten Viele (nun auch wieder Puchta II § 165 a. E.), daß ſie blos in dieſen beiden Fällen b. f. geweſen ſeyen. Allein ſchon aus D. XIX, 5 de praescr. verb. act. *l.* 24, *l.* 5 § 5 a. E. und XIX, 3 de aestim. *l.* 1 pr. C. II, 4 de transact. cst. 3 geht hervor, daß auch die übrigen zu den b. f. actt. gehörten. Ueberhaupt konnten ſie unmöglich str. jur. actiones ſeyn, wie z. B. die Tübinger Juriſten-Facultät in den Consil. Tubing. VI p. 429 annahm (in *l.* 19 § 2 D. XLIII, 20 de precar. iſt ſtatt condictione zu leſen actione) und zur einen oder anderen Claſſe mußten ſie gehören, da ihre intentio auf dare facere oportere ging. Vrgl. auch Savigny V S. 483 f.

58) Dieſes Princip, von welchem auch Frühere z. B. Gans und ſeit ihm überhaupt wohl die Meiſten ausgehen, verwirft Savigny V S. 508 f. auf das Entſchiedenſte. Namentlich beruft er ſich darauf, daß, wenn man auf die natürlichen ungekünſtelten Anſichten und Erwartungen der Parthieen ſehe, das Darlehen (aus welchem eine condictio entſpringt) nicht einſeitiger ſey, als das Commodat und das Depoſitum (aus welchen eine b. f. act. entſpringt). Auf den erſten Anblick hat dieſer Einwand vielen Schein, der aber doch wohl bei genauerer Betrachtung der Sache verſchwinden dürfte. Abgeſehen von ande-

chen der Umstand, daß die Grundlage der Verpflichtung aus dem jus gentium und der aequitas naturalis hergeleitet werden

---

ren Beziehungen, die beim Commodat und Depositum vorkommen können, nicht aber beim Darlehen: so wird bei den ersteren Verträgen dem Verpflichteten eine Sache anvertraut, die er, wie er sie erhielt, wieder zurückgeben soll, ohne zu besonderem Aufwande, der etwa zu Erhaltung der Sache nöthig ist, verpflichtet zu seyn. In der Natur dieses Verhältnisses liegt daher schon die Möglichkeit der Entstehung einer Verbindlichkeit des Berechtigten, wegen eines solchen nothwendig gewordenen Aufwandes Ersatz zu geben, somit die Möglichkeit der Entstehung einer aus demselben Rechtsgeschäfte, wenn auch in anderer Weise als bei den eigentlichen wechselseitigen Verträgen, entspringenden und mit einer Einrede und einer Gegenklage aus dem Rechtsgeschäfte (**contraria actio**) zu verfolgenden Verpflichtung des hauptsächlich Berechtigten. Ganz anders ist dieß beim Darlehen, bei welchem der Empfänger Eigenthümer der geliehenen vertretbaren Sachen wird und nur beliebige andere Sachen gleicher Art zurückzugeben hat, so daß also in Beziehung auf diese Sachen eine Gegenforderung desselben aus dem Geschäfte (die Beziehung auf einen Betrug schließt auch Savigny S. 509 Not. d aus) nicht möglich ist. Zwar meint Savigny, wenn unter der geliehenen Geldsumme falsche Geldstücke seyen oder fremde, die nur mit Verlust in gangbares Geld umgesetzt werden können: so ließe sich auch hier eine **contraria actio** denken, wenn der Empfänger das Geld mit Verlust verwechselte. Allein bei der Natur des Darlehens, wie sie unsre Quellen auffassen, läßt sich hier wohl eine solche Klage nicht denken. Denn durch das Darlehen wird überhaupt der Empfänger nur so weit obligirt, als er wirklich empfing (er wird **re** obligirt, soweit die **res** geht); er hat also eben, wenn er schlechtes Geld bekam, blos wieder gleiches schlechtes Geld und nie mehr, als es werth war, zurückzugeben; würde er aus Irrthum mehr zurückgeben: so könnte und müßte er dieses Mehr mit der **condictio indebiti** zurückfordern; von einer **contraria actio** wegen des Mindererlöses, den er im Gegensatze zum angeblichen Betrage aus demselben zog, kann hier gar nicht die Rede seyn. — Aus demselben Grunde, aus welchem die Commodatsklage nicht str. jur. ist, erklärt sich auch, daß das **judicium fiduciae** nicht str. jur. war, welches nach Savignys Princip str. jur. hätte seyn müssen. S. oben Not. 56. Ganz das Gleiche ist auch der Fall bei der **negotiorum gestio** und dem Mandat. Daß der **gestor** und der Mandatar, welche zunächst allein verpflichtet werden, bei Ausführung des Geschäfts Auslagen haben können, ist etwas ganz nahe Liegendes und in der Natur des Geschäfts Begründetes, und eben schon wegen dieser in der Natur des Geschäfts liegenden möglichen durch eine **contraria actio** verfolgbaren Gegenansprüche eigneten sich diese Verhältnisse nicht zur Anwendbarkeit des **strictum jus** und erzeugten daher eine b. f. act. gegen den

konnte (wie dieß wirklich auch bei den meisten Condictionen der Fall war, vrgl. unten bei Not. 120), kein Hinderniß der Entstehung einer str. jur. act. bildete, wenn nur der Fall zur Anwendbarkeit eines strictum jus geeignet war, sind:

A. streng einseitige Rechtsverhältnisse auf Leistung eines Gegenstandes, der erst in das Vermögen des Klägers kommen soll und vorher nicht in demselben war. Hierher gehörten:

1. die Klagen aus einer Stipulation. Die durchgreifende Grundform, in welcher zur Zeit des classischen Röm. Rechts eine civile Obligation eingegangen oder eine bestehende Obligation in eine civile verwandelt werden konnte, war die Stipulation (verborum obligatio), welche durch die Frage Dessen, der Gläubiger werden wollte (dare spondes etc.?), und durch die mit der Frage genau übereinstimmende Antwort Dessen, der sich verpflichten wollte (spondeo etc.), abgeschlossen wurde [59]. Gerade in dieser allgemeinen Form, eine klagbare Obligation zu begründen, zeigt sich einestheils, wie das strictum jus eigentlich die Grundlage und den Grundgedanken des älteren Röm. Obligationenrechts überhaupt bildete; denn nur die Stipulation war die ganz allgemeine Form, in welcher eine civile Obligation begründet und jede andere Obligation in eine civile verwandelt werden konnte; es konnte aber durch sie nur ein Verhältniß des strictum jus, eine condictio begründet werden. Anderntheils zeigt sich in dieser Form, daß in die strenge Einseitigkeit des Rechtsverhältnisses der practicable Stoff für das strictum jus gesetzt wurde; denn durch die Stipulation konnten nicht Verpflichtungen zu gegenseitigen

---

gestor und Mandatar. Gerade dieses Princip, diesen Gegensatz der b. f. judicia zu den streng einseitigen Rechtsverhältnissen des strictum jus, heben Cicero Top. cap. 17, de officiis lib. III cap. 15 (Dieser unter ausdrücklicher Erwähnung des Verhältnisses der negotiorum gestio und des Mandats) und Gajus IV, 61 heraus.

59) Früher war diese Wortform eine nach sehr strengen Grenzen bestimmte; später wurde sie eine freiere. Vrgl. Gajus III § 92, 93, 102 J. III, 15 de V.O. pr. § 1 C. VIII, 38 de contrah. stip. cst. 10 v. d. Pfordten Abhandlungen S. 231 f.

Leistungen eingegangen, sondern blos von der fragenden (der stipulirenden) Parthie eine Forderung gegen die einseitig versprechende erworben, also nur ein streng einseitiges blos den Kläger berechtigendes Rechtsverhältniß begründet werden [60]. Die Condiction, die aus der Stipulation gegen den Versprechenden entsprang, war, wie überhaupt die Condictionen, nach der Verschiedenheit des Inhalts der Stipulation bei einer stipulatio certa eine Klage auf dari oportere, condictio certi (ob. S. 74), bei einer stipulatio incerta eine Klage auf dari fieri oportere (condictio incerti), welche hier aber gewöhnlich actio ex stipulatu genannt wurde [61].

In der Stipulation lag die Möglichkeit, jede andere Obligation in eine obligatio stricti juris zu verwandeln und für sie eine condictio zu verschaffen oder, soweit die Parthieen eine eigentliche Verwandlung nicht vornehmen wollten, neben der alten Obligation eine ihren Inhalt theilweise in sich aufnehmende obligatio str. jur. zu begründen [62]. Gerade aber in dieser Function

60) Die Stipulation ward wohl eben deßhalb mit dem ein streng einseitiges Rechtsverhältniß begründenden Darlehen verglichen und ihm gleichgestellt. Vrgl. Savigny V S. 533—539, nur daß Dieser der Sache eine andere Bedeutung gibt.

61) Oben S. 75 und S. 74 Not. 51. Ein einfaches Mittel übrigens, sich bei einer stip. incerta eine certi condictio zu sichern, bestand darin, daß sich der Stipulator vom Schuldner für den Fall der Nichterfüllung die Zahlung einer bestimmten Geldstrafe statt der sonstigen Leistung stipuliren ließ. Ein solches Pönalversprechen war auch deßhalb gerathen, weil nun die immer unsichere Berechnung des Werthes der Hauptleistung, wenn es zur Condemnation kam, wegfiel und aus diesem Grunde war es namentlich bei Stipulationen, die auf ein facere im e. S. gingen, ganz gewöhnlich und wird auch von Justinian noch ausdrücklich angerathen J. l. c. § 7 D. XLV, 1 de V.O. l. 137 § 7 l. 68. 71. 81. 126 § 3 C. VIII, 38 de contr. stip. est. 12. Gans Ueb. Röm. Oblig. R. S. 82 f. glaubt, stipulationes incertae seyen im alten Röm. Recht ohne ein solches Pönalversprechen ganz ungültig gewesen und überhaupt habe im ält. Röm. Recht ein incertum gar nicht Gegenstand einer obligatio str. jur. seyn können. Allein dieß ist unerweislich (Savigny V S. 638 f.) und jedenfalls verwechselt Gans S. 83 die stipulationes incertae (die angeff. Stellen) mit Fällen, wie sie in l. 94 l. 115 de V.O. erwähnt sind d. h. mit den wegen so ungenauer Bezeichnung ihres Gegenstandes daß man gar nicht wissen kann, was gemeint ist, nothwendig ungültigen Stipulationen.

62) D. XLI, 2 de novat. l. 1 § 1 l. 2. Einzelne Beispiele s. in D. II, 14 de

traten wieder die vorhin angegebenen Beziehungen bestimmt hervor. Weil sie die allgemeine Form war, eine civile Obligation zu begründen, mußte auch jede andere schon bestehende Obligation in sie umgewandelt werden können; aber da durch diese allgemeine Form, eben weil die Grundlage des civilen Obligationenrechts das strictum jus war, nur eine str. jur. act. begründet werden konnte und diese nur bei streng einseitigen Rechtsverhältnissen zulässig war: so mußte auch bei einer solchen Verwandlung diese Bedingung des strictum jus eingehalten werden. Eine zweiseitige Obligation konnte daher als solche nicht in eine Stipulationsobligation verwandelt, sondern mußte vielmehr in zwei streng einseitige Obligationen aufgelöst werden. Wollten also z. B. die Parthieen ihre Obligation aus einem Kaufe (b. f. negotium) in eine Stipulationsobligation verwandeln: so mußte sich der Käufer die Leistung der Sache in einer besonderen Stipulation zusagen lassen und dadurch eine für sich bestehende einseitige Obligation begründen, und dann ebenso der Verkäufer sich durch besondere Frage und Antwort die Leistung des Kaufpreises stipuliren, so daß dann dadurch zwei streng einseitige Obligationen entstanden [62 a].

2. Eine andere Form, eine civile Obligation zu begründen, welche auch allgemeinerer Anwendung fähig war, aber keines-

---

pact. *l.* 47 pr. XVII, 2 pro socio *l.* 71 pr. XIX, 1 de A. E. V. *l.* 3 § 1 XIX, 2 locati *l.* 54 § 1 XLV, 1 de V.O. *l.* 89.

62 a) Uebrigens konnte hier die Obligation, je nachdem die Stipulation gefaßt wurde, in Beziehung auf ihren Inhalt nach den Grundsätzen der bona fides zu beurtheilen seyn, z. B. wenn die eine Parthie unbestimmt sich alles Das, was die andere ihr aus einem b. f. negotium schuldig sey, durch ein quidquid dari fieri oportet stipuliren ließ. Dadurch wurde, wie Savigny V S. 498 sagt, gerade derjenige Inhalt in die Stipulation gelegt, den außerdem die Klage aus dem b. f. contractus gehabt haben würde. Allein auch hier wurde es insofern ganz streng genommen, als man dann eine solche Stipulation blos auf Das bezog, was bis zur Zeit der Stipulation aus dem b. f. contractus geschuldet wurde, nicht auf Das, was nach den Grundsätzen der bona fides aus demselben später geschuldet wurde, z. B. spätere Zinsen. Sollte die Stipulation auch auf das Letztere gehen: so mußte dem oportet ein oportebitve beigefügt werden. D. de V.O. *l.* 89 XLVI, 2 de novat. *l.* 27.

wegs irgend in der Ausdehnung, wie die Stipulation, war die im neueren Röm. Rechte ganz verschwundene expensilatio. Auch sie hatte ganz den eben herausgehobenen Charakter der Stipulation; es wurde auf sie blos das strictum jus angewendet, indem aus ihr blos eine condictio entsprang; eben deßhalb aber war die Obligation, die durch sie begründet wurde (literarum obligatio), eine streng einseitige. Begründet wurde sie in der Formel eines fingirten Darlehens dadurch, daß Jemand als an einen Anderen ausbezahlt (expensum) eine Summe Geldes, die er von Diesem in Wirklichkeit nicht empfangen aber aus anderen Gründen zu fordern hatte, mit Dessen Zustimmung in sein Hausbuch eintrug, wodurch er eine condictio certi auf Rückzahlung dieser Summe gegen ihn erhielt. Dadurch konnte theils jede Geldschuld, die der Andere aus irgend einem Rechtsgeschäfte schuldig war, in eine obligatio str. jur. verwandelt, theils die Person eines Schuldners so geändert werden, daß Das, was der Eine schuldig war, als an einen Anderen gezahlt mit Zustimmung der Betheiligten eingeschrieben und dadurch eine oblig. str. jur. des Letzteren begründet wurde [63].

3. Die actio personalis ex testamento auf Ausbezahlung eines Legats war eine condictio [64]. Gewöhnlich wird dieß von unsren Schriftstellern blos auf das alte legatum per damnationem bezogen (auch, wie es scheint, von Savigny V S. 540). Allein auch die Klage auf ein sinendi modo hinterlassenes Legat war stricti juris, nur daß bei dem letzteren Legate in Beziehung auf die Früchte allmählig eine anomale Milde-

---

63) Gajus III § 128—130, 133 Savigny V S. 527—531. Ueber diese expensilatio und die Führung der Röm. Hausbücher ist auch noch zu vergleichen Keller in Gells Jahrbb. Bd. I 1841 S. 93—115 H. Schüler Die Literar. obligatio des älteren R. Rechts Bresl. 1842 Danz Lehrb. d. Gesch. d. R. Rechts Th. II 1843 § 162.

64) D. XII, 1 de reb. cred. *l.* 9 § 1 XII, 3 de in lit. jur. *l.* 6 vrgl. mit *l.* 5 § 4 eod. XIII, 4 de eo quod cert. loc. *l.* 5 vrgl. mit *l.* 7 eod. Gajus II, 204. Deßhalb wird sie auch immer mit der act. ex stipulatu in gleiche Kategorie gesetzt s. z. B. D. de V. O. *l.* 23. de in lit. jur. *l.* 6 XLVI, 3 de sol. *l.* 27, 92 pr. XII, 5 de. condict. ob turp. c. *l.* 9 § 1. Gans Röm. Obligr. S. 31 f.

rung aufkam [65]. Bei Fideicommissen dagegen wurde gar nicht per formulas geklagt, also kein judex bestellt, sondern vom Magistratus selbst verhandelt und erkannt; die Klage war eine actio extraordinaria [66]. Sie fiel also gar nicht in die Eintheilung der Klagen in stricti jur. und bonae fidei, wurde aber, wie wohl alle extraordinariae persecutiones, nach den Grundsätzen der b. f. actiones behandelt [67]. Nach Justinian's

---

65) Bei Legaten konnte man, den allgemeinen Grundsätzen des strictum jus gemäß (S. 52 f.), nicht auf Früchte und Verzugszinsen klagen. Beim Damnationslegat blieb es hierbei (Gajus II 280). Allein beim legatum sinendi modo kam es allmählig auf, auch auf Früchte und Verzugszinsen zu erkennen. Dieß sagt Gajus *l.* c. ganz bestimmt (quam sententium et his temporibus magis obtinere video); ebenso unzweifelhaft geht zugleich aber aus Dem, was er II 213 sagt, hervor, daß auch bei dem letzteren Legate die persönliche Klage ex testamento, von welcher er spricht, eine condictio war. Wenn Marezoll in der Gießner Zeitschrift IX S. 100 bei einem per damnationem legirten incertum von einer Klage auf ein facere oportere (nicht dare facere op.) spricht, und glaubt, diese Klage sey eine b. f. actio gewesen und es hätten dann mit ihr auch Früchte und Zinsen gefordert werden können: so ist dieß entschieden unrichtig und auch mit seiner späteren Ansicht über die Bedeutung einer intentio auf facere oportere (oben S. 71 Not.) nicht vereinbar. Wo die Pandecten der Früchte und Zinsen bei der actio ex testamento wegen Legaten erwähnen, konnten die betreffenden Stellen in ihrer ursprünglichen Form blos auf das legatum sinendi modo gehen (Gajus II, 280); in Justinians Sinne aber (J. de legat. § 2) gehen sie allerdings nun auf jedes Legat.

66) Gajus II, 278 Ulpian. Reg. XXV, 12 D. L, 16 de V.S. *l.* 178 § 2.

67) Gajus II § 280 verglichen mit § 278 D. XXII, 1 de usur. *l.* 3 pr. § 1 *l.* 8. Vrgl. auch XXX de legat. I *l.* 108 § 12 (welche in ihrer ursprünglichen Fassung nicht von Legaten, sondern nur von Fideicommissen handeln konnte). Dem im Texte Gesagten widerspricht nicht die *l.* 9 § 1 de reb. cred. (sed et si ex senatusconsulto agetur, competit haec actio [certi condictio], veluti si is, cui fiduciaria hereditas restituta est, agere volet). Denn sie bezieht sich nicht auf die Klage auf Herausgabe eines Fideicommisses, sondern auf die Klagen, die der Erblasser hatte und die nun nach Herausgabe des Fideicommisses auf den Fideicommissar übergingen; waren sie condictiones: so hatte er nun die condictio. Savigny V S. 587. Nur wirft Savigny den Zweifel auf, ob bei dieser Auslegung der Ausdruck ex senatusconsulto agetur ganz genau sey. Allein der Zweifel verschwindet wohl, wenn man erwägt, daß der Fideicommissar mit actiones utiles fictitiae gegen die Schuldner des Erblassers zu klagen hatte (Gajus II, 253), welche vom Prätor eingeführt, ex senatusconsulto Trebell. gegeben und wohl

völliger Ausgleichung zwischen Legaten und Fideicommissen mußte nun aber auch die actio personalis ex testamento wegen eines Legats nach denselben Grundsätzen behandelt werden, so daß sie unter Justinian die Natur einer stricti juris actio nicht mehr hatte [68].

4. Civile Delictsklagen auf eine Straffumme, namentlich die actio furti nec manifesti [68a], ex lege Aquilia, de tigno juncto. Auch sie waren Klagen aus einem streng einseitigen Rechtsverhältnisse; die intentio ging bei ihnen, so viel wir wissen, auf ein oportere ohne den Beisatz ex f. b., und so wird es keinem Zweifel unterliegen, daß sie zu den str. jur. actiones zu rechnen sind [69].

ähnlich gefaßt waren, wie die fictitiae actiones des prätorischen Erben (Gajus IV, 34).

68) „Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur et secundum ejus naturam dirimatur." C. VI, 43 commun. de legat cst. 2 J. II, 20 eod. § 3.

68 a) Die actio furti manifesti war eine prätorische Klage. Gajus III, 189.

69) Die Ansichten hierüber sind verschieden. Zu den stricti juris actiones rechnen sie z. B. Gans Ueb. R. Oblign. S. 26 Hefftter Civilprozeßrecht 2 Ausg. 1843 S. 133 Böcking Institut. I S. 577. Dagegen zählt sie Savigny V S. 470, 549 f. 591 f. nicht zu den eigentlichen str. jur. actt. Freilich würde die ganze Grundlage, von welcher Savigny bei den str. jur. actt. ausgeht, aufgehoben wenn die civilen Delictsklagen in diese Kategorie gehörten. Allein sie haben an sich alle Eigenschaften die eine str. jur. actio hat; namentlich haben sie eine intentio juris civilis auf oportere und zwar ohne den Beisatz ex f. b. und sind unzweifelhaft strenge Klagen (wie auch Savigny S. 475 f. zugibt) und die Leistung bei ihnen ist eine streng einseitige. Warum soll man daher nicht annehmen, daß sie zu den eigentlichen strictis judiciis gehörten? Man kann dagegen doch eigentlich nur die Definition bei Gajus IV 5 anführen, nach welcher nur die Klagen Condictionen seyn sollen, quibus dari fierive oportere intendimus (deren intentio auf dare facere gefaßt ist), während die intentio wenigstens nicht bei allen civilen Delictsklagen wörtlich durchaus so gefaßt war. Nach der Hypothese von Savigny und Anderen soll nämlich bei ihnen die intentio lauten damnum decidere oportere. Allein dieß wissen wir bestimmt blos von der furti actio (Gajus IV § 37, 45), und hier läßt sich diese besondere Formel wohl erklären, weniger in Rücksicht auf die alte Strafe des furtum manifestum, den Verlust der Freiheit durch Addiction des Diebs (wie Savigny S. 570, 592 vermuthet, weil hierauf die Formel dare facere nicht gepaßt habe), — denn es ist die Frage, ob überall noch diese

B. Die zweite Hauptklasse der Condictionsfälle sind einseitige Rechtsverhältnisse auf Leistung eines Gegenstandes (oder eines Aequivalents für denselben), welcher dem Kläger gehört hatte und aus dessen Vermögen in das des Beklagten gekommen ist, so daß also das aus des Klägers Vermögen in das des Beklagten Uebergegangene wieder in das Vermögen des Klägers zurückübertragen werden soll. Hierher gehört:

1. die Condiction aus dem Darlehen. Durch das Darlehen soll eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen in das Eigenthum des Empfängers übergetragen und dieser dadurch ex mutuo verpflichtet werden und zwar darauf, seiner Zeit andere Sachen gleicher Art und Güte dem Gläubiger ins Eigenthum zu

---

Strafe zur Zeit des Aufkommens des Formularprozesses bestand, — sondern um, wie auch Savigny andeutet, die actio furti (auf Strafe) schon durch ihre Formel von der condictio furtiva (auf Ersatz) gehörig zu unterscheiden. Eben daraus dürfte es sich auch erklären, wie es kam, daß für die furti actio nicht der Ausdruck condictio gebraucht wurde, weil sonst stete Verwechslung zwischen der sachverfolgenden und der Strafklage vorgekommen oder eine lästige Umschreibung nöthig gewesen wäre. Die actio furti wäre hiernach in der That eine condictio; aber der Name condictio wurde bei ihr nicht gebraucht, um Verwechslungen zu vermeiden, und so widerspricht Das, was Gajus IV, 5 sagt, wenn man es auch streng wörtlich nimmt, nicht der Annahme, daß die actio furti eine str. jur. act. gewesen sey. Daß auch bei anderen civilen Delictklagen die Formel der intentio auf damnum decidere oportere gelautet habe, ist unerweislich; keine Quellenstelle wird dafür angeführt. Auch bestand bei diesen kein Bedürfniß einer anderen Formel. So namentlich bei der actio ex l. Aquilia. Daß aus der l. Aquilia eine condictio zukomme, sagt ausdrücklich l. 9 § 1 de reb. cred. Savigny sucht dieses Argument dadurch zu entfernen, daß er S. 550 die Stelle auf Fälle bezieht, auf die man sie doch gewiß nicht beziehen kann, indem in denselben auch nicht entfernt „ex lege Aquilia condictio competit.“ Freilich wird sonst die actio ex lege Aquilia nicht condictio genannt. Allein dieser Umstand kann wohl so wenig entscheiden, als der Umstand, daß die Klage aus einer incerti stipulatio actio ex stip. heißt, gegen ihre Condictionsnatur entscheidet. Wäre aber auch bei allen civilen Delictsklagen die Intentio ebenfalls auf damnum decidere oportere gefaßt und wären sie niemals condictiones genannt worden: so würde doch daraus noch nicht folgen, daß sie keine actiones stricti juris gewesen seyen, sondern nur, daß sie nicht condictiones geheißen haben und daß der Name condictio blos auf die aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen entspringende str. jur. actio beschränkt wurde.

geben. Die Klage, mit welcher der Gläubiger sein Recht auf diese streng einseitige (S. 83) Verbindlichkeit des Schuldners verfolgt, ist eine condictio (J. III, 16 quib. mod. re pr. D. XII, 1 de reb. cred. *l.* 6, 9). Wird der Schuldner nicht Eigenthümer, z. B. wenn ein Veräußerungsunfähiger ihm ein Darlehen gibt: so non nascitur obligatio d. h. es besteht dann zwischen den Parthieen gar kein Rechtsverhältniß ex mutuo, also auch keine persönliche Klage, weil die Voraussetzung und Bedingung des Geschäfts, eine vollkommen wirksame datio, nicht eingetreten ist [70]. Allein eine solche unvollkommene datio, der Mangel der Eigenthumsübertragung, welcher den Eintritt der obligatio ex mutuo hindert, wird ergänzt, sobald der Empfänger die empfangenen vertretbaren Sachen völlig consumirte und dadurch eigentlich den völligen Uebergang derselben in sein Vermögen vermittelte; es findet nun gegen ihn die condictio wie aus dem mutuum statt [71]. Diese condictio wird aber im letzteren Falle nicht deßhalb ertheilt, um dem Gläubiger für seine durch eine solche Consumtion verlohrene Eigenthumsklage einen Ersatz zu geben, wie Savigny annimmt, sondern weil in einem solchen Falle die mangelhafte numeratio durch die Consumtion der Sache wirklich ergänzt d. h. dadurch gleichsam für den Empfänger der zum mutuum nöthige Eigenthumserwerb vermittelt wird [72]. Auch gilt hier diese Ergänzung nur, soweit sie

---

70) Der Eigenthümer kann in einem solchen Falle seine Sache vindiciren. D. XII, 1 de reb. cred. *l.* 2 § 2 J. II, 8 quib. al. lic. § 2 Gajus II, 82.

71) J. *l.* c. D. *l.* c. *l.* 11 § 2 *l.* 18 § 1 *l.* 19 § 1.

72) „Consumta pecunia condictionem habet, non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum, qui accepit, pervenisse;“ *l.* 19 § 1 cit. S. besonders Heimbach Lehre v. d. Frucht S. 221 f. Nach Savigny's Hypothese müßte eigentlich, wenn Jemand auf seinen Namen fremdes Getreide einem Dritten als Darlehen gibt und Dieser das Getreide verzehrt, der gewesene Eigenthümer des Getreides wegen der durch dieses Verzehren ihm nun unmöglich gemachten und entzogenen Vindication die condictio gegen den Verzehrer haben. Allein nicht Dieser, sondern der unbefugte Darleiher erwirbt die condictio durch die geschehene Verzehrung, weil dadurch das Darlehen gleichsam perfect wurde. D. de reb. cred. *l.* 12 a. E. *l.* 13 pr. § 1 *l.* 19 § 1 a. E.

im Intereſſe des Gläubigers durchaus nothwendig iſt d. h. wenn der Empfänger in gutem Glauben die Sache verzehrte. Hat er ſie mala fide verzehrt: ſo findet gegen ihn die actio ad exhibendum (eine freie Klage) ſtatt [73].

2. Die Obligationen aus einem Haben ohne rechtlichen Grund. Sie reduciren ſich alle auf den Grundſatz: constat, id posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit vel redit ad non justam causam (D. XII, 7 de condict. sine causa *l.* 1 § 3). Wenn etwas aus unſrem Vermögen in das eines Dritten völlig übergegangen iſt und zwar unter Umſtänden, unter denen er zur Rückerſtattung verpflichtet iſt oder wird, ſey es weil ſeine Erwerbung von Anfang an gar keinen rechtlichen Grund für ſich hatte oder weil der rechtliche Grund derſelben weggefallen war: ſo iſt die perſönliche Klage auf Rückerſtattung (bei körperlichen Sachen auf Rückübertragung derſelben in unſer Eigenthum, auf dare), welche wir gegen ihn haben, wegen der Einſeitigkeit des Rechtsverhältniſſes eine condictio [74]. Es gehören hierher namentlich folgende Fälle:

a. Condictio indebiti. Wer eine vermeintliche Schuld zahlt, will das Gezahlte inſoweit, als er es zu zahlen verpflichtet zu ſeyn glaubt, veräußern und trägt es daher in das Vermögen ſeines Gläubigers über. Zeigt es ſich aber, daß er in Beziehung auf ein Schuldverhältniß zahlte, welches nicht oder nicht mehr exiſtirte: ſo kann er das Gezahlte mit einer condictio (indebiti) zurückfordern (Mein Handb. Bd. II § 21 Not. 34—37). Es wird in einem ſolchen Falle der Empfänger der Nichtſchuld durch die empfangene Zahlung in ähnlicher Weiſe verpflichtet, wie der Emfänger eines Darlehens [75]; nur geht der Gegenſtand der condictio indebiti weit über den des Darlehens hinaus,

---

73) J. *l.* c. und Theophil. ad h. *l.*, D. *l.* c. *l.* 11 § 2.

74) Iſt die Sache nicht in ſein Vermögen übergegangen: ſo können wir ſie natürlich vindiciren.

75) Obligatur quasi ex mutui datione; D. XLIV, 7 de O. et. A. *l.* 5 § 3. In manchen Fällen kann auch hier durch eine consumtio der Sache die vollſtändige numeratio ergänzt und die condictio begründet werden; D. XII, 6 de condict. indeb. *l.* 29.

da die gezahlte Nichtschuld nicht blos in einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen sondern auch in der Zahlung anderer res certae und in einem incertum jeder Art bestehen und mit der condictio indebiti zurückgefordert werden kann [76]. Auch unterscheidet sich die Obligation aus dem Empfange einer Nichtschuld darin wesentlich von der aus einem Darlehen, daß der Empfänger einer Nichtschuld nicht die Gefahr des Empfangenen trägt (obwohl er Eigenthümer der empfangenen Sache wird) und überhaupt nur insoweit belangt werden kann, als er noch aus dem Empfangenen bereichert ist [77].

b. Condictio ob causam datorum. Wer einem Dritten eine Leistung macht in der von beiden Partheien ausdrücklich gesetzten Voraussetzung des Eintritts eines gewissen Erfolgs, kann, wenn der Grund, aus welchem die Leistung gemacht wurde, nicht eintritt, das in das Vermögen des Anderen Uebertragene mit Früchten und anderen Accessionen condiciren (D. XII, 8 de condict. ob turp. caus. *l.* 1 pr. § 1). Abgesehen von den bekannten Fällen der s.g. Innominatcontracte, in welchen der Geber das Gegebene ob causam non secutam condiciren konnte [78], gehört hierher namentlich der Fall der Zurückforderung einer Schenkung wegen eines nicht erfüllten Modus, einer Dos wegen nicht erfolgter Ehe und des zur Vorbereitung der Erwerbung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses conditionis implendae causa Gegebenen, wenn die Erwerbung nicht erfolgt [79].

---

76) Z. B. D. de condict. indeb. *l.* 26 § 12 *l.* 65 § 7 *l.* 12 *l.* 22 § 1 *l.* 31 XIX, 1 de A. E. V. *l.* 5 a. E. XII, 7 de condict. sine caus. *l.* 1 pr.

77) D. de condict. indeb. *l.* 3 a. E. *l.* 14 *l.* 15 pr. *l.* 26 § 12 *l.* 32 pr. *l.* 65 § 7, 8 *l.* 66 II, 15 de transact. *l.* 8 § 22. Viele sind zwar der Meinung, daß die condictio indebiti gegen den Empfänger immer auf den ganzen Betrag des Empfangenen gehe und nicht blos auf soweit, als er durch das Empfangene noch reicher ist, und noch neuerlich erklärte Heimbach Lehre v. d. Frucht S. 131 die Beschränkung der Klage auf den blosen Betrag des Bereichertseyns für einen handgreiflichen Irrthum. Allein s. meine Ausführung im Archiv für civil. Prax. Bd. XV S. 123—126.

78) Ob auch aus bloser Reue, darüber ist bekanntlich Streit (den übrigens das Württ. Landrecht bejahend entscheidet). Das Nähere hierüber gehört aber nicht hierher.

79) C. IV, 6 de condict. ob caus dat. cst. 1, 2, 3, 8 VIII, 56 de revoc.

c. Condictio ob turpem causam. Ueberträgt Jemand Etwas in das Vermögen eines Dritten wegen einer von Diesem zu erfüllenden oder erfüllten Leistung, diese Leistung ist aber der Art, daß der Empfänger entweder durch die Erfüllung derselben an sich oder wenigstens dadurch, daß er sich für solche Leistungen bezahlen läßt, eine Gemeinheit oder Schlechtigkeit begeht: so kann der Geber das Weggegebene wieder condiciren (condictio ob turpem causam) [80].

d. Condictio ob injustam causam. Entzieht Jemand Etwas einem Andern durch eine unbefugte eigenmächtige Handlung: so kann Dieser von Jenem das Entzogene wieder fordern. Die Klage ist hier eine condictio (ob injustam causam), wenn das Entzogene wirklich in das Vermögen des Thäters übergegangen war, z. B. durch Aufzehren der Sache (D. XII, 5 de condict. ob turp. caus. *l.* 6, 7). Daraus erklärt es sich, daß der Eigenthümer einer Sache vom unredlichen Besitzer derselben Ersatz für die verzehrten Früchte mit einer condictio verlangen kann. Hat nämlich der Besitzer im bösen Glauben die Früchte noch in Händen: so kann sie der Eigenthümer von ihm vindiciren, selbst wenn er die Hauptsache schon mit Erfolg vindicirt aber die Früchte mit zu fordern vergessen hatte; denn der unredliche Besitzer erwirbt ja an den Früchten kein Eigenthum, selbst nicht ein interimistisches, und so kann daher auch wegen der Früchte selbstständig gegen ihn die Vindication angestellt werden, wie wegen jedes anderen Gegenstandes unsres Eigenthums [81]. Hatte er aber die Früchte verzehrt: so tritt

---

donat. cst. 10 D. XII, 4 de condict. caus. dat. *l.* 7 pr. § 1 *l.* 8 *l.* 9 pr. *l.* 10 XII, 7 de condict. sine caus. *l.* 5 D. de condict. caus. dat. *l.* 1 § 1 *l.* 2 D. de condict. indeb. *l.* 65 § 3. Näheres über diese Fälle s. in meiner Doctrina de condict. causa data p. 99—109 p. 117—124.

80) D. XII, 5 de condict. ob turp. caus. *l.* 1 § 2 *l.* 2 *l.* 4 § 2 *l.* 5, 9.

81) C. IV, 9 de condict. ex leg. cst. 3. Manche sind hier anderer Ansicht und glauben, wenn die rei vind. gegen den unredlichen Besitzer durchgeführt sey, und man habe dabei die fructus exstantes zu fordern vergessen: so könne man sie nicht mehr mit einer rei vind. nachfordern (so z. B. v. Steun im Arch. für die Prax. d. Oldenb. Rechts Bd. I 1844 S. 7 f.). Allein sie übersehen die im Texte angegebene Beziehung und können über die cst. 3 cit. nur durch ein

wieder eine selbstständige Klage gegen ihn ein; er hat sie nun ex injusta causa gleichsam in sein Vermögen gebracht, und deßhalb hat der Eigenthümer der Hauptsache gegen ihn eine condictio ex injusta causa auf den Betrag der Früchte [82].

Nichtbeachten der Worte de proprietate victus wegkommen. Vrgl. auch Heimbach Lehre von der Frucht S. 104. Wie hier Steun mit Anderen beim unredlichen Besitzer zu weit geht, geht Marezoll von einem ganz entgegengesetzten Standpunkte beim redlichen Besitzer zu weit. Daß nämlich dem redlichen Besitzer die Früchte der Sache nur mit der Hauptsache, nicht aber mit einer besonderen rei vindicatio, somit wenn er die Hauptsache nicht mehr hat, gar nicht abgefordert werden können, ist durchaus die herrschende Ansicht. Diese Ansicht wird aber nun ausführlich bestritten von Marezoll in der Gießner Zeitschr. XVIII S. 227—264, indem er dem Eigenthümer der Hauptsache durchaus eine selbstständige rei vind. wegen der noch vorhandenen Früchte gibt. Praktisch wichtig ist die Frage hauptsächlich für den Fall, wenn der redliche Besitzer die Hauptsache veräußert oder aus einem sonstigen Grunde nicht mehr hat, aber noch Früchte von ihr (z. B. aus der veräußerten Stute ein Füllen) besitzt. Nach Marezolls Ausführung würde sich das Verhältniß hier so gestalten: an sich ist in einem solchen Falle der Besitzer der Frucht noch ihr Eigenthümer (durch die Separation); der Eigenthümer der Hauptsache aber versetzt ihn durch Anstellung der rei vind. in eine mala fides, dadurch wird sein interimistisches Eigenthum an der Frucht aufgelöst und er muß sie dem Vindicanten herausgeben (Marezoll a. a. O. S. 231 f. 233 f. 260 f.). Allein mir scheinen dieß juristische Unmöglichkeiten zu seyn. Wie soll — abgesehen davon, daß der redliche Besitzer durch die Litis Contestation nicht in Wahrheit in malam fidem kommt, und vollends gar nicht, wenn er blos Besitzer der Frucht ist — ein Nichteigenthümer zu einer selbstständigen Vindication der Sache, die ihm nicht gehört (der Frucht) befugt seyn? Und wie soll er durch eine Klage, zu der ihm das nöthige Fundament (das Eigenthum) ganz mangelt, bewirken können, daß nun ein fremdes Eigenthum ipso jure auf ihn übergeht und so lediglich durch grundlose Anstellung einer Klage hinterher ein Recht zu der angestellten Klage erwerben? Für Marezolls Ansicht beweist nicht, daß einige Stellen von einer besonderen Eviction der Frucht beim Käufer der Hauptsache sprechen (z. B. l. 42, 43 de evict. Marezoll S. 254 f.). Denn diese ist allerdings in manchen Fällen möglich, z. B. gerade im Falle der l. 43 cit., wenn das dort erwähnte Kalb zwar nach dem Kaufe aber noch vor der Uebergabe der Kuh geboren wurde und der Verkäufer unredlicher Besitzer der Kuh war, oder wenn der Käufer zwar erst nach vollzogenem Geschäft, aber ehe das Kalb fiel, erfuhr, daß die Kuh seinem Auctor nicht gehörte.

82) C. de condict. ex leg. cat. 3 IX, 32 de crim. exp. her. cst. 4 D. XIII, 7 de pign. act l. 22 § 2 X, 1 fin. reg. l. 4 § 2 XLIV, 1 de except.

Ebenso kann von dem Pachter, welcher nach Ablauf des Pachtes gegen des Verpachters Willen noch Früchte aus der Sache zog, der Betrag der Früchte mit einer condictio ex inj. causa gefordert werden (D. de R. C. *l.* 4 § 1).

Ein hierher gehöriger Hauptfall ist noch der des Diebstahls. Gegen den Dieb findet nämlich wegen seines unrechtlichen Habens ohne Grund [83] eine condictio ex injusta causa, die hier den besonderen Namen condictio furtiva hat, statt und zwar nicht blos (als Ersatzklage) dann, wenn er das Gestohlene veräußert oder durch eigentliches Aufzehren oder durch Specification Adjunction und drgl. ganz in sein Vermögen gebracht und dem Eigenthümer die rei vindicatio unmöglich gemacht hatte [84], sondern auch (auf Herausgabe der Sache und Ersatz des weiteren Interesses) dann, wenn es noch ungeändert in seinen Händen ist, der Eigenthümer also sein Eigenthum daran nicht verlohren hat und die Sache vom Diebe vindiciren kann [85]; es findet hier

---

l. 18. Vrgl. auch Heimbach Lehre v. d. Frucht Abthl. V. Eigentlich war in dem zuletzt angegebenen Fall bei der weiteren Ausbildung des Röm. Rechts eine condictio nicht mehr nöthig, indem ein solcher Besitzer als fictus possessor qui dolo desiit possidere behandelt und mit der rei vindicatio und ad exhibendum actio belangt werden konnte (D. VI, 1 de R. V. *l.* 27 § 3). Allein im genannten Fall scheint man an der condictio festgehalten zu haben, um so mehr, als der unredliche Besitzer durch den Verbrauch der Früchte in den meisten Fällen ein Furtum begeht (D. de solut. *l.* 78 J. de usurp. § 3), während andere Stellen sie nur im Nothfalle geben und gerade bei einer dolosen Consumtion einer Sache, die dem Kläger vor der Consumtion noch gehörte (vrgl. D. XII, 4 de condict. caus. dat. *l.* 15), nicht von einer condictio, sondern von einer actio ad exhibendum sprechen. Vrgl. oben Not. 73 und D. X, 4 ad. exhib. *l.* 9 pr. § 1—5.

83) Deßhalb behandeln die Quellen die condictio furtiva nicht als eine eigentliche Klage aus einem Delict. D. XIII, 1 de condict. furt. *l.* 7 § 2. S. hierüber besonders Savigny V S. 556—564.

84) J. II, 1 de R. D. § 26, 34 D. XLVII, 2 de furtis *l.* 52 § 14 XIII, 1 de condict. furt. *l.* 8 pr. *l.* 13 verglichen mit VI, 1 de R.V. *l.* 4; ferner XLVI, 3 de solut. *l.* 78 C. VI, 2 de furtis cst. 6, 16.

85) D. de condict. furt. *l.* 7 § 1 *l.* 8. pr. und Not. 39. Ist der Werth der gestohlenen Sache zu ersetzen: so ist der höchste Werth zu zahlen, den die Sache von der Zeit des Diebstahles an hatte (*l.* 8 § 1 cit.). Auch haftet natürlich der Dieb für den zufälligen Untergang der Sache, wie jeder Morose *l.* 16, 20 eod.

gegen den Dieb eine Klage auf dare oportere statt, obwohl es sich im letzteren Falle von einem eigentlichen dare nicht handelt, und ebenso wurde auch Dem eine Condiction gegeben, welcher aus einem Grundstücke mit Gewalt entsetzt wurde [86] — die einzigen Fälle, in welchen der Eigenthümer die noch in seinem Eigenthum befindliche Sache mit einer condictio herausfordern kann (nemo rem suam condicit praeterquam furi; Not. 39). Erklärt wird dieß in den Quellen dadurch, es werde odio furum so gehalten, quo magis pluribus actionibus teneantur (Gajus IV, 4. J. de act. § 14). Allerdings wäre es für den Bestohlenen mißlich gewesen, wenn er, je nachdem der Dieb die Sache noch hat oder nicht mehr hat, seine Klage hätte theilen und im ersteren Fall eine rei vindicatio, im letzteren eine condictio anstellen müssen, und überhaupt konnte ihm für viele Fälle schon wegen des Beweisthemas eine Condiction weit vortheilhafter seyn als die Vindication [87]. Auch war der Fall hier zu einer Condiction wohl geeignet wegen der strengen Einseitigkeit der Verpflichtung des Diebs, bei der er nicht einmal für nothwendigen Aufwand auf die Sache Ersatz verlangen kann [88]. Eine con-

86) D. de furtis *l.* 25 §. 1 XIII, 3 de condict. tritic. *l.* 2.

87) Ueber die erstere Beziehung s. besonders Savigny V S. 553; die letztere, welche auch im Falle der Not. 86 von Interesse war, scheint Savigny bei seiner Bemerkung in der Not. d S. 554. übersehen zu haben.

88) D. de condict. furt. *l.* 13. Aus der Formel der Condictionen kann man den Satz nemo rem suam condicit praeterquam furi wohl nicht erklären, wie es z. B. Heimbach Lehre v. d. Frucht S. 443 f. thut. Denn die Formel der condictio incerti (dare facere oportere) würde einer condictio rei suae nicht entgegenstehen. Nur mit der Formel der condictio certi (dare oportere) kann man nicht rem suam fordern, und auch dieß blos sagt Gajus IV, 4. Zwar glaubt Heimbach, früher sey blos die Formel dare oportere bei den Condictionen zulässig gewesen und daraus erkläre sich die Sache. Aber dieser Grund allein, nach welchem also ursprünglich (zur Zeit des Formularprozesses, denn die legis actio per condictionem ging allerdings blos auf res certas; Gajus IV § 18, 19) blos ein certum Gegenstand der Condictionen gewesen wäre (vergl. oben Not. 61), würde es noch nicht erklären, daß es überhaupt auch im späteren Röm. Rechte keine condictio incerti gab, durch welche der Kläger rem suam forderte. Der Grund muß vielmehr in der inneren Natur der Condictionen gelegen haben.

gegen ist ein solcher Grund mit Recht nicht anerkannt beim redlichen Besitzer einer fremden Sache, wenn Dieser sie veräußert oder verzehrt; er kann auf die Bereicherung nicht belangt werden; denn er haftet für die Sache nur, soweit er sie bei Einleitung des Prozesses noch hat. Nur eine Ausnahme machen hier die Quellen aus Aequitätsgründen, welche aber in der Regel von unsren Schriftstellern viel zu allgemein gefaßt wird. Wenn der redliche Besitzer die Sache veräußert und sie nachher zu Grunde geht, so daß der Eigenthümer sie gar nicht mehr bekommen kann: so soll Jener, wie Viele behaupten [95], auf alles Das, was ihm bei Gelegenheit der Sache als reiner Gewinn zugewachsen ist (also wenn er sie gekauft und nachher verkauft hatte auf Das, um was er sie theurer verkaufte), nach Savigny V S. 523 wenigstens dann auf den Gewinn belangt werden können, wenn er sie unentgeldlich erworben hatte. Allein so weit gehen unsre Quellen mit Recht nicht. Beachtet man nämlich die Momente der paar speciellen Entscheidungen, welche die Quellen enthalten: so ergibt sich daraus blos der Satz: wenn Jemand ohne allen wirklichen rechtlichen Titel eine fremde Sache in gutem Glauben in Händen hat und er veräußert sie: so kann der Eigenthümer der Sache von ihm Das, um was er durch die Veräußerung bereichert ist, dann fordern, wenn die Sache untergegangen oder so abhanden gekommen ist, daß dem Eigenthümer ihre Rückerlangung unmöglich wurde, und das Gleiche gilt, wenn ein solcher Besitzer die Sache aufzehrte [96].

---

sie res exstincta seyn), ergibt sich daraus, daß ein redlicher Besitzer überhaupt in der Regel für Das, was er gar nicht mehr hat, nicht einsteht. Im oben genannten Falle tritt die Condiction in sofern blos an die Stelle der Vindication, als das in den Händen des Beklagten noch Befindliche nicht mehr vindicirt werden kann. Hatte aber der Beklagte gar keinen wirklichen Titel für seinen Besitz: so tritt dann bei Veräußerung oder sonstiger Consumtion der bei Not. 96 ausgeführte Grundsatz ein.

95) Z. B. Thibaut Pand. R. § 705 Schweppe Röm. Priv. R. II. § 268. Sogar noch weiter will Cujacius ad Africanum Tract. VIII i. A. gehen.

96) D. III, 5 de negot. gest. *l.* 49 XII, 1 de reb. cred. *l.* 23 XIX, 1 de A. E. V. *l.* 30 pr. a. E. Hatte der Besitzer für seinen Besitz einen rechtlichen Titel, z. B. die Sache gekauft oder geschenkt bekommen: so ist in der That nicht

Allein über die Art der anzustellenden Klage waren die Röm. Juristen, wie es scheint, uneinig, wohl eben weil ihnen das Ganze als eine Anomalie vorkommen mochte [96a]. Das Natürlichste ist hier, eine condictio sine causa zu geben, und diese geben auch die beiden letzten in der Not. 96 angeführten Stellen. Die *l.* 49 cit. dagegen gibt zu demselben Zwecke eine actio negotiorum gestorum directa, die aber eigentlich hier gegen alles Princip ist [97].

Wie wichtig die causa ist, auf welche im einzelnen Klagfalle die condictio sich stützt, ergibt sich aus dem Ausgeführten. Je nach der Verschiedenheit der causa ist Das, was gefordert werden kann, ein völlig Verschiedenes, z. B. bei der condictio ex mutuo einfach der Betrag des Geliehenen (Sachen von gleicher Quantität und Güte), nicht mehr nicht weniger, aber dieses unbedingt (Haften für den Zufall), bei der condictio indebiti blos der Betrag der Bereicherung, kein Haften für den Zufall und für Veräußerungen und Verschleuderungen, welche im guten Glauben gemacht wurden, bei der condictio sine causa je nach dem einzelnen Falle bald Dieses (Not. 92, 94), bald Jenes (Not. 93), bald Haften für Verschleuderung, aber wenn von einer Species die Rede ist, nicht für Zufall (z. B. *l.* 11 § 6 de A. E. V. ob. S. 99), bei der condictio ex causa furtiva Haften für Zufall und den höchsten Werth, den die Sache von der Zeit des Diebstahls an hatte und das ganze Interesse.

Noch erwähnen die Quellen C. einer condictio ex lege, aber freilich auf eine sehr unbestimmte Weise. Unter dieser Rubrik sagt die *l.* un. D. de condict. ex lege XIII, 2: Si ob-

---

einzusehen, wie eine Klage auf die Bereicherung aus der Sache, die nicht mehr in seinen Händen ist, sich rechtfertigen soll; auch legen die Quellen nirgends in einem solchen Falle dem gewesenen Besitzer die Herausgabe der Bereicherung auf. Ein Aequitätsgrund liegt blos da vor, wo der Besitzer für seinen Besitz gar keinen Titel nachweisen kann.

96 a) Im wesentlichen finde ich nun, nachdem ich Dieß schon geschrieben hatte, die gleiche Ansicht bei Ihering Abhandlungen aus d. Röm. R. Leipzig 1844 S. 78—85 auf eine sehr tüchtige Weise ausgeführt.

97) Thibaut a. a. O. meint, die Klage sey eine in factum actio; davon spricht aber keine Stelle.

ligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur: ex lege agendum est.

Gewöhnlich wird diese Stelle so ausgelegt, daß, wenn durch eine spätere Rechtsquelle in einem Falle, in welchem nach früherem Rechte eine Klage nicht stattfand, die Klagbarkeit einer Obligation festgesetzt oder anerkannt wurde, ohne aber der Klage einen bestimmten Namen zu geben, nun eben die Klage nach der Rechtsquelle zu benennen, ex lege zu klagen sey. So spricht man daher nicht blos von einer condictio ex lege 35 C. de donationibus, sondern auch von einer condictio ex moribus (aus einem Gewohnheitsrecht), condictio ex canone (aus dem Canonischen Recht), und nimmt hier dann condictio in einem weiteren Sinn für persönliche Klage überhaupt, in welchem Justinian wenigstens in einer Stelle seiner Institutionen das Wort zu nehmen scheint und welchen seine Compilatoren einmal dem Juristen Ulpian in den Mund legen (oben S. 45). An sich ist für unser jetziges Recht eine solche Benennung unbedenklich (vrgl. unten Not. 148) und bei der in der früheren Zeit ganz herrschend gewesenen und auch noch jetzt im Ganzen herrschenden Ansicht, daß jedenfalls im weiteren Sinn condictio jede persönliche Klage bedeute, sehr erklärlich. Eine ganz andere Frage ist es aber, ob damit die angeführte *l. un.* gehörig erklärt und der in unsren Quellen mehrfach vorkommende Ausdruck condictio ex lege in seinem richtigen Sinn aufgefaßt ist. Dieß ist entschieden zu verneinen, wie Savigny V S. 544 f. sehr gut nachwies.

Die Stelle bezieht sich auf die Klagformel und die dadurch bestimmte Klagart und sagt in Verbindung mit der Titelrubrik, wenn eine nova lex (eigentlich ein neuer Volksschluß, im Sinn der Stelle wohl aber auch ein Senatusconsult oder eine constitutio principis) eine klagbare Obligation einführe und Formel und Art der Klage (genus actionis) nicht näher bestimme: so sey eine condictio ex lege anzustellen. Ganz bedeutungslos wäre aber Dieses, wenn hier condictio für persönliche Klage überhaupt genommen würde; denn dadurch würde das genus actionis ja gar nicht näher bestimmt. So kann es keinen Zweifel leiden, daß hier condictio in dem Sinne genommen ist, in welchem das Wort in allen Stellen des Corpus juris

(mit Ausnahme der Not. 4 a. E. angeführten) vorkömmt, d. h. für stricti juris actio, so daß die Stelle sagt, es sey dann mit der Formel der Condictionen, also mit einer intentio auf dare oder dare facere oportere zu klagen. Hierdurch scheint freilich ohne alle Rücksicht auf die innere Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses auf eine nicht recht begreifliche Weise der anzustellenden Klage in solchen Fällen unbedingt der Charakter der stricti jur. act. gegeben zu werden, und deßhalb glaubt auch Savigny V S. 542 f., daß die Fälle der condictiones ex lege großentheils als Anomalieen angesehen werden müssen. Allerdings lassen sich die einzelnen Fälle, welche im Corpus juris wirklich als Fälle der condictiones ex lege angeführt werden, nicht mit demjenigen Princip der Condictionen vereinigen, von welchem Savigny ausgeht; sie lassen sich aber durchaus mit dem Princip vereinigen, von welchem oben ausgegangen wurde. Es sind streng einseitige Verhältnisse, bei welchen durch eine spätere Rechtsquelle eine klagbare Obligation begründet wurde, so daß hiernach wenigstens in der Anwendung, welche unsre Quellen von dem Grundsatze machen, den das Pandectenfragment über die condictio ex lege ausspricht und der leicht in jener Stelle etwas ungeschickt und in einer zu allgemeinen Fassung aus Paulus excerpirt seyn könnte, die condictiones ex lege von dem Princip, nach welchem sich die Statthaftigkeit einer stricti juris actio bestimmen würde, eine Abweichung nicht enthalten hätten. Die Fälle nämlich, in welchen ausdrücklich gesagt ist, daß eine condictio ex lege aus ihnen entspringe, und welche ganz mit der Natur der oben unter A und B angeführten Fälle harmoniren, sind die in folgenden Stellen näher angegebenen: **D. XLVIII, 5 ad leg. Juliam de adulteriis** *l.* 27 § 15, 16 *l.* 28. **J. IV, 6 de actionibus** § 24 **J. eod.** § 25 **C. III, 31 de hereditatis petitione cst. ult.** § 1.

IV.

Einseitige Rechtsverhältnisse, durch welche eine stricti juris actio begründet wird, können wohl auch zu einer obligatio bonae fidei hinzutreten und, während sie dabei an sich als etwas Selbstständiges und auf besonderem Entstehungsgrunde Beru-

hendes aufgefaßt werden können, doch auch zugleich in gewissen Beziehungen einen Bestandtheil der obligatio bonae fidei bilden. In einem solchen Fall kommt es auf den Kläger an, von welcher Seite und aus welcher causa er das Rechtsverhältniß bei seiner Klage geltend machen will. Faßt er es als Theil der obligatio bonae fidei auf: so muß er mit einer actio bonae fidei klagen, und es treten dann die Grundsätze der bonae fidei actiones ein. Er kann es aber auch isolirt vom negotium bonae fidei auffassen, als etwas Besonderes auf einem selbstständigen Entstehungsgrunde Beruhendes, das blos zufällig zu einer obligatio bonae fidei hinzutrat; in diesem Fall muß er dann die str. jur. actio, welche aus jenem Fundamente entspringt, anstellen und dann treten dabei natürlich alle Grundsätze des strictum jus ein. Unsre Quellen enthalten hievon viele Beispiele. Wenn z. B. Der, bei dem eine Sache hinterlegt oder dem sie geliehen wurde, dieselbe unterschlägt: so kann gegen ihn mit der actio depositi oder commodati (bonae fidei) geklagt werden, weil er gegen seine Verpflichtung aus dem negotium bonae fidei gehandelt hat; es kann aber auch die Unterschlagung als eine für sich bestehende Handlung aufgefaßt und wie bei jeder Unterschlagung gegen ihn die condictio furtiva (stricti juris) angestellt werden [98]. Aus dem gleichen Grunde konnte man in dem S. 99 nach Not. 92 angeführten Falle auf Zurückgabe der Arrha entweder aus dem Kaufvertrage mit der actio emti klagen oder aus dem Haben ohne Grund mit einer condictio sine causa, ferner in dem bei Not. 93 angeführten Falle mit der actio conducti oder mit einer condictio sine causa (s. die dort angeff. Stellen). In gleicher Weise kann der Commodatar oder der Socius, welcher die anvertraute Sache durch positive Handlungen beschädigt, mit der actio commodati oder pro socio, aber auch mit der actio ex lege Aquilia (stricti jur. S. 89) belangt werden [99]. Ueber das Verhältniß dieser Klagen zu ein-

98) D. XVI, 3 depositi *l.* 13 § 1 XIII, 1 de cond. furt. *l.* 16 XVII, 1 pro socio *l.* 45 XLIV, 7 de O. et A. *l.* 34 § 1. 2.

99) D. pro socio *l.* 47 § 1 *l.* 48; de O. et A. *l.* 34 § 2 XIX, 1 locati *l.* 43 IX, 2 ad leg. Aquil. *l.* 27 § 11.

ander entscheiden dann ganz die allgemeinen Grundsätze vom Zusammentreffen der Klagen; z. B. in den angeführten Beispielen kann der Kläger, wenn er durch die eine Klage befriedigt ist, nicht mehr die andere anstellen [100], außer die Letztere ginge noch auf ein Mehr, welches er dann durch sie noch fordern kann [101].

Hieraus erklärt sich auch die Bemerkung in *l.* 9 pr. § 3 D. de reb. cred., daß ex omni causa, ex omni obligatione, ex omni contractu eine certi condictio zukommen könne, vorausgesetzt natürlich, daß der Fall seiner inneren Natur nach dazu geeignet, also ein Fall der angegebenen Art ist, in welchem, wenn die obligatio an sich nicht schon eine oblig. str. jur. ist, zu der bestehenden Obligation eine ein strenges Rechtsverhältniß begründende causa hinzutritt, auf die sich eine selbstständige str. jur. actio gründen läßt (ex qua certum petitur) [102].

---

100) D. de O. et A. *l.* 34 § 1 Locati *l.* 43, de A. E. V. *l.* 28 XII, 2 de jurejur. *l.* 28 § 4.

101) D. de A. E. V. *l.* 28 pro socio *l.* 45—50 de O. et A. *l.* 34 § 2.

102) Ueber die angef. Stelle s. besonders Gans R. Oblig. R. S. 127, 128 und Savigny V S. 579 f. Die meisten Aelteren stützten auf diese und ähnliche Stellen eine s. g. condictio certi generalis, welche als eigenthümliche Klage in allen möglichen Fällen aushelfen sollte. Dieß beruht aber auf einem offenbaren Irrthum. Condictio certi und incerti bezieht sich blos auf die Verschiedenheit des Objects einer str. jur. actio überhaupt; die str. jur. act. überhaupt ist nach der Bestimmtheit oder Unbestimmtheit ihres Objects certi oder incerti condictio; nach der Verschiedenheit der Rechtsgründe aber und Rechtsverhältnisse, aus denen sie entspringt, ihrer causa, ist sie eine condictio ex stipulatu, ex testamento, ex causa furtiva, indebiti oder sine causa u. s. w. — Was die in der *l.* 9 cit. erwähnten contractus certi und incerti betrifft: so bezieht Savigny V S. 580 die Letzteren auf Verträge, die gar keinen individuellen Namen führen oder wegen ihrer zweideutigen Natur zwischen mehreren bestimmten Contracten in der Mitte schweben (die Fälle der praescriptis verbis actiones). Allein noch mehr scheint für die Ansicht von Gans a. a. O. S. 127 zu sprechen, die certos contractus auf stricti juris, die incertos auf bonae fidei contractus zu beziehen. Da nämlich die Leistungen aus dem negotium b. f. wegen der Rücksichten der bona fides immer die Natur eines incertum annehmen (oben S. 68 f.): so paßt für sie durchaus der Name contractus incerti (während bei den str. jur. contractus ein certum Gegenstand des Vertrags wenigstens seyn kann). Damit ist nicht

V.

Nach dem Ausgeführten bezog sich die Eintheilung der Klagen in str. jur. und b. f. blos auf persönliche Klagen mit einer formula in jus conceptа. Bei den übrigen Klagen wurde wohl durchaus ein Arbiter (im Gegensatze zum Juder im engeren Sinn) bestellt (mit Ausnahme des Falls der Not. 104), und sie wurden als arbitria wohl in der Regel nach den Grundsätzen der b. f. judicia behandelt, ohne aber eigentliche b. f. judicia zu seyn, weßhalb sie Savigny mit Recht durch den allgemeinen Namen freie Klagen bezeichnet [103]. Namentlich gehören hierher alle formulae in factum conceptae mit Ausnahme der praescriptis verbis actiones (S. 38 f. 81) und insoferne auch die honorariae actiones [104]. Sie konnten nicht unter die Eintheilung in str. jur. und b. f. actt. fallen; denn ihre intentio war nicht in jus concepta, lautete nicht auf ein oportere, und deßhalb war auch bei ihnen eine ausdrückliche Hinweisung auf die Beurtheilung eines oportere nach den Grundsätzen der bona fides nicht anzubringen; materiell aber wurden

---

im Widerspruche, was die *l.* 9 cit. sagt; denn diese spricht eben von Fällen, in welchen sich zum contractus b. f. ein Moment einseitiger Verpflichtung hinzugesellt, das auch als ein selbstständiges einseitiges Rechtsverhältniß nach den Grundsätzen des strictum jus behandelt und aus dem dann allerdings ein certum geschuldet werden kann.

103) Zu den freien Klagen im weiteren Sinn gehören dann die b. f. actiones und die übrigen freien Klagen, welche nicht b. f. actt. sind. Savigny V S. 106 u. 470 f. unterscheidet auch strenge Klagen im w. S., unter welchen die str. jur. actt. und die übrigen strengen Klagen, welche nicht eigentlich zu den str. jur. actt. gehören, enthalten seyn sollen. Zu den Letzteren aber rechnet er blos die civilen Delictsklagen. Allein wenn man diese nach der oben S. 89 entwickelten Ansicht noch zu den str. jur. actt. zählt: so gibt es außer den str. jur. actt. keine andere strenge Klagen.

104) Savigny V S. 473 sagt zwar, die prätorischen Klagen seyen insgesammt in factum concipirt gewesen. Allein bei den fictitiae actiones war dieß nicht der Fall (s. oben S. 38) und Diese konnten str. juris seyn, ohne aber das eigentliche System der str. jur. actt. an sich zu erweitern d. h. es wurde in manchen Fällen eine str. jur. actio, die an sich begründet war, durch eine fictitia formula Jemanden gegeben, der nach dem jus civile ein Recht zu derselben nicht hatte, z. B. dem prätorischen Erben die Klage des Erblassers. Vergl. Gajus V 34, und oben Not. 67.

sie wohl nach den Grundsätzen der bona fides behandelt [105]. Manche actiones in factum gehörten auch noch besonders zu den actiones in bonum et aequum conceptae. Es sind dieß Fälle, in welchen die Bestimmung des Betrags der condemnatio wegen der besonderen Natur des Falles noch von einem besonders freien unsicheren mehr subjectiven Ermessen des Richters abhängt, wie z. B. bei einer arbiträren Geldstrafe. In der Condemnationsformel wurde daher bei ihnen der Richter angewiesen, zu verurtheilen quantum ob eam rem aequum videbitur, und deßhalb heißen sie in bonum et aequum conceptae [106].

Die Eintheilung in str. jur. und b. f. actt. bezog sich blos auf persönliche Klagen; es fielen also die in rem actiones nicht unter sie (D de in lit. jur. *l.* 5 pr. § 4). Sämmtliche in rem actiones aber, auch die civilistischen, wie die rei vindicatio und die confessoria actio, waren arbitria, welche wenigstens in den meisten Punkten (vrgl. Not. 107) nach den Grundsätzen der bonae fidei actiones behandelt wurden, also freie Klagen [107].

---

105) Savigny V S. 106, 119, 473, 480, 491. Anderer Meinung sind Manche gerade für einen Hauptpunkt (z. B. Zimmern R. Rechts Gesch. III S. 190 Not. 7 S. 305 Not. 1 Puchta Institut II S. 119), indem sie glaubten, bei den in factum actiones habe Das nicht gegolten, was bei den b. f. actiones in Beziehung auf die Beachtung der Exceptionen durch den Juder galt (ob. S. 49). Ganz unzweifelhaft ist allerdings die Sache nicht.

106) Z. B. D. XLVII, 12 sep. viol. *l.* 3 pr. *l.* 10 IX, 3 de effus. *l.* 1 pr. Vrgl. auch Savigny II § 71, 72, V S. 491 f., und über die actio rei uxoriae (b. f. act.), welche auch in bonum et aequum concepta war, Denselben II S. 95, 116.

107) D. VI, 1 de R. V. *l.* 68 XLV, 1 de V. O. *l.* 91 pr. XII, 3 de in lit. jur. *l.* 5 J. IV, 1 de off. jud. § 2 D. VIII, 5 si serv. vind. *l.* 7 Savigny V S. 476. Nur ist auch hier wieder die in Not. 105 berührte Frage bestritten, und hier scheint es allerdings, daß die Exceptionen schon in der Formel ausgedrückt werden mußten, daß also in dieser Hinsicht die in rem actt. nach dem Recht der stricti jur. actiones behandelt wurden. Vrgl. auch unten XIII Erört. Not. 68 f. Wurde aus dem Eigenthum, wie es im älteren Röm. Rechte auch zulässig war, per sponsionem geklagt (Gajus IV § 91, 93): so war freilich die Klage nicht eine freie; denn hier wurde eine Scheinstipulation geschlos-

Die Unterscheidung zwischen b. f. und str. jur. actt. bezog sich nur auf ordinariae actiones, bei welchen ein Juder bestellt wurde (S. 6), also nicht auf die extraordinariae, bei welchen der Magistratus selbst Alles verhandelte und entschied. Was die materiellen Grundsätze bei der Entscheidung der Letzteren betrifft: so konnte bei ihnen ein wichtiger Unterschied zwischen den b. f. und str. jur. actt. gar nicht zur Sprache kommen, nämlich der S. 48 Nr. 1 angeführte; aber auch in Beziehung auf die übrigen Unterschiede ist es wahrscheinlicher, daß bei ihnen der Magistratus nach den Grundsätzen der freien Klagen verfuhr [107 a].

VI.

Bei der Ausbildung des Röm. Rechts zeigt sich immer mehr eine Hinneigung, das strictum jus zu mildern und den Grundsätzen der freien Klagen mehr Raum zu geben. Schon in der Zulässigkeit einer condictio incerti lag etwas den freien Klagen sich mehr Annäherndes; auch scheinen die Röm. Juristen in manchen Fällen mehr für die freie als für die in denselben an sich zulässige strenge Klage gewesen zu seyn (vrgl. z. B. Not. 82 a. E). Ebenso äußerten sich allmählige Milderungen der strengen Grundsätze der Condictionen in dem S. 53 Lit. a, b Angeführten. Bald wurde auch ein anderer wichtiger Grundsatz sehr gemildert, der S. 48 angeführte. Versäumte es nämlich bei einem Condictionsprozeß der Beklagte, seine peremtorischen Ein-

---

sen, aus welcher der Sieger eine actio ex stipulatu erhält, mit der er am Ende den Werth des Streitgegenstandes bekam. Allein wenn in dieser Form geklagt wurde, handelte es sich auch nicht von einer eigentlichen in rem actio (Savigny V S. 477). Ueber die hereditatis petitio, von welcher Justinian bestimmte, man solle sie ganz zu den eigentlichen b. f. judicia zählen, wohl — wie auch schon Lauterbach Colleg. Pandect. XLIV, 7 § 71 vermuthet — in Rücksicht auf die ausgedehnten persönlichen Leistungen, die bei ihr vorkommen (C. III, 31 de petit. heredit. cst. 12 § 3 J. de act. § 28), vrgl. Savigny V S. 478 Puchta II S. 112.

107 a) Vrgl. z. B. oben Not. 67. Von einer Beschränkung der Macht des Juder konnte allerdings bei ihnen nicht die Rede seyn, da kein Juder bestellt wurde (Savigny V S. 480). Allein daraus allein folgt noch nicht, daß sie in allen Beziehungen nach den Grundsätzen der b. f. actt. beurtheilt wurden, da beim strictum jus auch die Macht des instruirenden Magistratus beschränkt war.

reden schon vor dem Prätor anzuführen, so daß er sie also verlohren hätte, weil sie nicht mehr in die Instruction aufgenommen werden konnten: so wurde er dagegen restituirt, anfangs wohl nur bei nachgewiesenen besonderen Entschuldigungsgründen, später, wie es scheint, in allen Fällen [108]; bei dilatorischen Einreden dagegen galt diese letztere Milderung nicht [108 a]. Eine weitere Annäherung zu den freien Klagen lag im prätorischen Constitutum. Ursprünglich konnte für eine bestehende nicht klagbare Obligation eine Klage nur verschafft werden durch die Form der Stipulation und in manchen Fällen der Expensilation, so daß also dann die Klage nur eine **stricti juris actio** (S. 84 f.) war; durch das vom Prätor eingeführte Constitutum aber wurde es möglich, auch durch ein bloßes, das Versprechen der Erfüllung einer schon bestehenden Obligation enthaltendes, Pactum für diese Obligation eine freie Klage, eine prätorische **actio constitutoria** oder **de constituta pecunia** zu begründen [108 b]. Einen noch entschiedeneren Uebergang zum freieren System bildete aber die **clausula doli mali** bei der Stipulation. Es konnte nämlich einer Stipulation von den Parthieen durchaus die Natur einer **obligatio b. f.** gegeben werden, wenn sie diese Absicht durch gewisse Worte in der Stipulationsformel (z. B. durch die Worte **bona fide dari fieri** oder **recte dari, dolum**

---

108) Gajus IV, 125 C. VII, 50 sentent. resc. non poss. cst. 2. Die Stelle bei Gajus hat eine Lücke, und deßhalb streitet man darüber, ob schon nach ihr die Restitution ganz unbedingt ertheilt wurde oder nur aus besonderen Gründen. Ganz allgemein aber spricht die cst. 2 cit. Vrgl. auch C. VIII, 36 de except. cst. 8.

108 a) Gajus *l.* c. sagt, es sey zweifelhaft und bestritten. Allein die Ansicht Derjenigen, welche für die Milderung waren, scheint nicht durchgedrungen zu seyn. Vrgl. auch C. de except. cst. 12.

108 b) Durch das Constitutum wurde die alte Obligation nicht aufgehoben, sie blieb neben der neuen so, daß, wenn die eine erfüllt wurde, nun auch die andere erlosch. Aber da das Constitutum, die neue Obligation, jedenfalls klagbar war: so konnte nun durch ein Constitutum der Inhalt einer unklagbaren Obligation im Wege eines bloßen Pactums mit einer freien Klage verfolgbar gemacht werden. Uebrigens war das Constitutum früher nur bei fungiblen Sachen zulässig und erst von Justinian bei jeder Obligation für statthaft erklärt. C. IV, 18 de const. pec. cst. 2.

abesse abfuturumque) bestimmt andeuteten. Zwar wurde dann in einem solchen Fall die Klage formell als str. jur. actio behandelt, also kein Arbiter sondern ein Juder im engeren Sinn bestellt; allein Dieser hatte dann im Uebrigen so zu verfahren und zu urtheilen, wie bei einem judicium b. f. [109]. Diese Milderung wurde auch durch die Prätoren begünstigt, indem sie bei vielen Cautionen vorschrieben, daß die betreffende Stipulation mit der clausula doli mali geleistet werden solle, und gleiche Vorschriften finden sich auch in einzelnen Gesetzen [109 a]. Unbegründet dagegen und eigentlich wunderlich ist die Meinung Vieler, jedes stricti juris judicium sey dadurch, daß der Beklagte die doli exceptio vorschützte, in ein bonae fidei judicium verwandelt worden [110].

---

109) D. L, 16 de V. S. *l.* 73 XLV, 1 de V. O. *l.* 121 pr. XXXVI, 3 ut legatorum *l.* 1 § 13 verglichen mit *l.* 1 pr. eod. Savigny V S. 495 f. 500 f. In solchen Fällen war daher auch wegen Betrugs nicht die actio doli nöthig (ob. S. 51), sondern es konnte nun die Klage aus dem geschlossenen Geschäfte selbst (act. ex stipulatu) angestellt werden. D. IV, 3 de dol. *l.* 7 § 3 IV, 8 de rec. arb. *l.* 31 XLIV. 4 de dol. exc. *l.* 4 § 16 a. E.

109 a) Vrgl. z. B. D. ut legator. *l.* 1 pr. XXXIX, 1 de op. nov. nunc. *l.* 21 § 2, Lex Galliae Cisalp. X, 20 Savigny V S. 496, 500 f.

110) Diese Ansicht war in der älteren Zeit wohl eigentlich die herrschende (auch Cujacius z. B. Obss. III, 17 war für sie; gegen sie erklärten sich von Aelteren namentlich H. Bocer Dispp. Class. VI disp. 9 nr. 116 Ant. Faber Conjectur. XIV, 18) und auch bei Neueren findet sie sich z. B. Hasse Rhein. Mus. II S. 365 Sintenis Gießn. Zeitschr. XVIII S. 21. Gestützt wird sie auf D. XXXIX, 6 de m. c. don. *l.* 42 und C. VIII, 36 de except. cst. 3. Gegen dieselbe ist nun vorzüglich zu vergleichen Keller in d. Zeitschr. f. geschichtl. R. W. XII S. 400—423. Die (übrigens schon in ziemlich frühe Zeit fallende) Einführung der Zulässigkeit einer exc. doli bei den stricti jur. actt. war allerdings eine Milderung des strictum jus (S. 52). Allein wie durch jedes Vorschützen einer exc. doli das strictum judicium ein b. f. judicium geworden seyn soll, ist wirklich gar nicht zu begreifen, abgesehen davon, daß jeder Beklagte es völlig in der Hand gehabt hätte, durch (wenn auch grundloses) Vorschützen der Einrede jene Verwandlung zu bewirken. Auch sagen die angeführten Stellen nichts der Art; denn sie handeln gar nicht von strictis judiciis; die cst. 3 handelt, wie schon Bocer bemerkt, von einem b. f. judicium, und die *l.* 42 spricht ja in der Stelle, in welcher sie der exc. doli erwähnt, von der rei vindicatio (freie Klage und zwar arbitraria; Cujacius *l.* c. bemerkte dieß wohl, weiß aber nichts Rechtes dagegen zu sagen). In den in

Durch die Aufhebung des judiciorum ordo (oben S. 8) verschwand noch dazu einer der Hauptunterschiede zwischen den str. jur. actt. und den freien Klagen — die besondere formelle prozessualische Bedeutung, welche das strictum Judicium für das Vorschützen der Exceptionen hatte (S. 48); in dieser Hinsicht stand nun die Exception beim strictum Judicium der Exception bei freien Klagen gleich, natürlich aber ohne daß dadurch an der Natur und materiellen Bedeutung der Exceptionen Etwas geändert worden wäre [110a]. Als dann vollends später auch die alten formulae nicht mehr gebraucht wurden, verschwand auch in der Form der Klage die Bezeichnung und das Hervortreten jenes Unterschieds, und Justinian hätte gewiß am Besten daran gethan, wenn er nun auch alle übrige materielle Verschiedenheiten aufgehoben hätte, da diese nur eine ziemlich bedeutungslos gewordene Ruine eines doch eigentlich abgestorbenen Instituts bildeten. Allein er that dieß nicht und hielt noch an den materiellen Unterschieden zwischen diesen Klassen von Klagen, soweit sie sich im neuen Verfahren anwenden ließen, fest (J. de act. § 28—30; nur von der S. 72 angef. Succumbenzsumme findet sich nichts mehr in seinen Rechtsbüchern; wir kennen sie erst recht aus Gajus), und so erscheint der Unterschied zwischen strieti jur. und b. f. actiones in den bei uns geltenden Quellen des Röm. Rechts immer noch als ein practischer, obwohl Justinian uns dabei manche Räthsel, namentlich die nähere Bestimmung des Kreises der str. jur. actt., zu lösen übrig ließ.

---

der *l.* 42 darauf folgenden Worten aber (bonae fidei autem judicio constituto etc.) sagt sie etwas jene Ansicht Unterstützendes weder irgend den Worten noch der Sache nach, sondern bemerkt nur, daß, wenn mit einer b. f. actio geklagt würde, die Frage entstehe, ob die berührte Caution zu stellen sey ꝛc. Welche b. f. actio hier gemeint sey, ist zweifelhaft; die beste Vermuthung hat wohl Keller a. a. O. (fiduciae judicium). Ueber die unrichtige Uebersetzung der Stelle im Deutschen Corp. Jur. s. Keller S. 421, 422.

110 a) Vrgl. Savigny V S. 166 f. Noch viel weiter scheint Sintenis a. a. O. S. 17 f. zu gehen und anzunehmen, schon zur Zeit des Formularprozesses habe die Ausgleichung jenes Unterschiedes stattgefunden. Allein die cst. 2 sent. resc. non poss. sagt, von Anderem abgesehen, Etwas der Art nicht. Vrgl. Not. 108.

VII.

Aber wie ist es nun bei uns in Deutschland mit der Anwendbarkeit jenes Unterschiedes zu halten?

War er schon zu Justinians Zeiten etwas eigentlich Abgestorbenes: so ist er es noch mehr für uns. Dem Deutschen Obligationenrecht ist ein solcher Gegensatz zwischen strengen und freien Klagen ganz unbekannt; man wußte sich bei uns nie recht in denselben zu finden; selbst über die Natur und den Umfang desselben läßt sich nicht Alles mit Sicherheit aus Justinians Rechtsbüchern entnehmen und erst durch Gajus, also erst seit wenigen Jahrzehnten, erhielten wir auch hier festeren Boden. Auch mußte dadurch, daß gerade bei uns die allgemeine Form, eine klagbare Obligation zu begründen und jede Obligation zu noviren, gar nicht mehr die Römische, ein Rechtsverhältniß des strictum jus begründende, sondern das bloße Pactum ist, auf das sich das strictum jus nie erstreckte, das strictum jus für uns alle seine principielle Bedeutung verliehren, und so würde es dem Geiste unsres Rechts gewiß entschieden zuwider seyn, in einigen einzelnen eben wegen ihrer Isolirtheit bedeutungslosen Ruinen noch einen Gegensatz zwischen stricti juris und bonae fidei negotia festzuhalten.

Auf diese Gründe allein möchte sich die Unanwendbarkeit der besonderen Grundsätze der Röm. stricti juris actiones und negotia bei uns stützen lassen. Läßt man sie nicht gelten: so wird man diese Unanwendbarkeit nicht behaupten können. Denn die Gründe, welche sonst für dieselbe angeführt werden, sind theils an sich gar nicht beweisend, theils gehen sie von unerweislichen und unrichtigen Momenten aus.

Namentlich wird häufig, auch in unsrer Zeit, behauptet, daß die besonderen Grundsätze der str. jur. actiones nie Eingang bei uns gefunden haben und daß nur wenige Schriftsteller sich für ihre Anwendbarkeit erklärt hätten [111]. Allein dieß ist entschieden unrichtig. Bei der Aeußerlichkeit, mit der die Meisten und namentlich auch unsre Practiker in früheren Zeiten das Römische Recht auffaßten und nur gar zu buchstäblich seine Be-

111) Z. B. Sintenis Das prakt. gem. Civilr. B. I. 1844 § 29 Not. 50.

stimmungen ins Leben überzutragen suchten, und bei der Nichtbeachtung des Germanischen Geistes in unsrem Recht mußte es kommen, daß unsre älteren Juristen meist sich für die stete Anwendbarkeit des Unterschiedes zwischen str. jur. u. b. f. actiones erklärten und daß auch in Gerichten und Juristenfacultäten lange Zeit eine solche Anwendung durch diese Auctoritäten bewirkt wurde, wobei dann freilich über den Kreis der str. jur. actiones großentheils große Irrthümer und zum Theile sehr verwirrte und ganz unsichere Ansichten herrschten und man oft, um das strictum jus in der Anwendung auf manche einzelne Verhältnisse zu beseitigen, zu den willkührlichsten Auslegungen und Argumentationen die Zuflucht nahm. Man darf nur einige unsrer älteren practischen Schriftsteller lesen, um sich von allem Diesem, namentlich von der behaupteten Anwendbarkeit des Unterschieds und der in den Gerichten gemachten Anwendung und von der zum Theile willkührlichen und schiefen Art und Weise der Anwendung zu überzeugen. So, um nur einige wenige anzuführen, behandelt Lauterbach den Unterschied noch ganz als practisch; nur meint er, Einzelnes davon sey aufgehoben, z. B. Verzugszinsen würden aus einem str. jur. negotium moribus hodiernis geschuldet (unter Berufung auf den Reichsdeputationsabschied von 1600), während er in anderen Beziehungen den Unterschied noch ganz festhält (vrgl. Colleg. Pandect XLIV, 7 nr. 71 f. XXII, 1 nr. 18 XII, 3 nr. 19). Noch strenger in der Anwendung des Unterschiedes war im Anfange des XVIII. Jahrhunderts Michael Graß, welcher auch Verzugszinsen bei str. jur. negotiis immer noch ausschließen wollte mit einziger Ausnahme des Darlehens und näher anführt, wie zu seiner Zeit die Juristenfacultät in Tübingen bei der condictio indebiti und bei anderen str. jur. actiones (gar auch bei einem pactum wegen der daraus entspringenden condictio ex moribus!) Verzugszinsen aberkannt habe, und eine Reihe früherer Schriftsteller beifügt, die an dem Unterschiede zwischen str. jur. und b. f. actiones festhielten.[112]

112) S. Grass Collation. jur. civil. Romani cum recessibus imperii Rom. Germ. Tubing. 1723 p. 244—277. Vrgl. auch die von demgleichen

Manche verwarfen freilich diesen Unterschied als einen noch geltenden, aber aus an sich unstichhaltigen Gründen; so z. B. Stryck (Usus modern. XII, 3 nr. 6), weil nach Canonischem Recht alle Verträge contractus b. f. seyen [113], während das Canonische Recht nichts Bestimmtes darüber sagt, oder wie zum Theile Danz Handb. des Deutsch. Privatr. B. II § 184, weil bei uns das Verfahren vor einem vom Prätor instruirten Juder wegfalle, während ja auch zu Justinians Zeit schon längst diese Trennung weggefallen war, oder wie J. H. Böhmer Doctr. de actionibus Sect. I cap. 3 § 29—47 Glück Erläut. d. Pandect. B. IV § 340 a. E. Höpfner Institut. Comment. § 751 und noch in den letzten Zeiten Thibaut, weil es bei uns keine Stipulationen mehr gebe, oder wie Rande Deutsch. Privatr. §. 184, weil, was auf Dasselbe hinaus kommt, bei uns bloße Pacta klagbar seyen. Allerdings waren die Stipulationen der wichtigste und durchgreifendste Fall der strict. juris negotia. Eben weil das ältere Römische Recht bei den civilistischen Klagen von dem Princip des strictum jus als der Regel und Grundlage ausging, ließ es durch die allgemeine und überall anwendbare Form, in welcher eine civilistisch klagbare Obligation begründet werden konnte, blos eine stricti juris obligatio entstehen (S. 84). An die Stelle dieser allgemeinen Form trat bei uns durchaus das bloße Pactum (jede formlose Verabredung), welches als Solches schon eine Klage erzeugte und wobei man in der Regel (eine Ausnahme machten aber auch hier z. B. die Tübinger Juristen s. S. 113) an eine Anwendung des Röm. strictum jus nicht dachte, jedenfalls irgend mit Grund gar nicht denken konnte, und so war dem strictum jus seine principielle Bedeutung und Grundlage eigentlich genommen. Was noch übrig blieb, war für sich allein vollends gar ein bedeutungsloses Fragment. Dieß hätte allerdings dazu führen sollen, schon bei der Reception des Römischen Rechts jenes strictum jus ganz

---

Grundsatze ausgehenden Constitutt. Saxon. ined. v. 1572 const. XV bei Haubold Handb. einiger Churſächs. Geſſ. S. 141.

113) Manche ältere Canoniſten und Romaniſten behaupteten das Gleiche. Vrgl. Nic. Mozzius Tractat. de contractibus, Venet. 1585 (und ſpäter öft) Art. de divis. contract. nr. 29.

auszuſtoßen und alle Klagen und Rechtsverhältniſſe ganz nach den Grundſätzen der actiones und negotia bonae fidei zu behandeln.

Allein ſo argumentiren Thibaut und die oben Angeführten nicht; ſie glauben vielmehr, die Stipulationen ſeyen die einzige Quelle des strictum jus, nur ſie ſeyen negotia stricti juris geweſen, nur aus ihnen actiones stricti juris entſprungen, und deßhalb habe mit ihrem Wegfallen die Anwendbarkeit des strictum jus bei uns ganz von ſelbſt wegfallen müſſen, da bei uns von den Klagen, welche bei den Römern stricti juris geweſen, gar keine mehr vorkomme. Dieß aber iſt ein entſchiedener Irrthum; der Kreis der negotia und actiones stricti juris war nicht auf die Stipulationen beſchränkt (man denke nur an das Darlehen) und noch täglich werden bei uns Klagen angeſtellt, welche zu den stricti juris actiones des Römiſchen Rechts gehörten.

Indeſſen hat ſich wohl ſeit dem Laufe des XVIII. Jahrhunderts immer mehr die Anſicht feſtgeſtellt, daß der Unterſchied bei uns unpractiſch ſey. Ob man aber bei den doch immer noch fortdauernd auftauchenden entgegengeſetzten Anſichten und dem Schwanken der Gerichte ſich mit Manchen, namentlich mit Savigny V S. 137 f., gerade auf ein Gewohnheitsrecht berufen kann, welches das unſrem Recht ganz fremdartige strictum jus vollends ganz zum Abſterben bei uns gebracht habe, dieß möchte doch, wenn man die Erforderniſſe eines Gewohnheitsrechts ins Auge faßt, noch ſehr zweifelhaft ſeyn. Auch auf den Reichsdeputationsabſchied von 1600 § 139, welcher beim Darlehen die Forderung von Verzugszinſen einräumt, wird man nicht, wie es von Vielen und nun auch von Savigny V S. 140 geſchieht, ein beſonderes Gewicht bei dieſer Frage legen können. Denn in jener Zeit war die Anſicht von der Unanwendbarkeit des strictum jus überhaupt noch keineswegs eine überwiegende in Deutſchland. Der Reichs-Dep.Abſch. deutet nirgends darauf hin, daß ſeine Beſtimmung aus einem allgemeinen Grundſatze, dem der Unanwendbarkeit der Grundſätze der str. jur. actiones überhaupt, gefloſſen ſey, und auch die Juriſten ſeiner Zeit faßten ihn durchaus nicht in einer ſolchen allgemeinen

Weise sondern nur als eine ganz spezielle Bestimmung auf, über deren Ausdehnung sie allerdings stritten, aber in der Regel nur in der Richtung, ob dadurch das Recht auf Verzugszinsen blos beim Darlehen oder bei allen str. jur. negotiis eingeräumt werden wollte.

Im Resultate übrigens sind die neueren Civilisten beinahe durchaus und mit nur sehr wenigen Ausnahmen [114] einverstanden; sie erklären die besonderen Grundsätze der str. jur. actiones und negotia bei uns für unpractisch. Die Germanisten dagegen lassen sich nur wenig über die Frage ein und gerade sie sind hier nicht ganz einig. Danz (s. oben) und Mittermaier (Deutsch. Privatr. 6 Aug. §. 272, Dieser blos unter Berufung auf Mühlenbruch und Savigny) sind gegen die Anwendbarkeit jener Grundsätze. Eichhorn dagegen (Deutsch. Privatr. § 92 Not. b) sagt: „Selbst der Unterschied zwischen „actiones stricti juris und bonae fid., soweit er sich auf Con„tracte bezieht, kann eigentlich nicht als aufgehoben betrachtet „werden“ und ihm stimmt Phillips Deutsch. Privatr. 2 Ausg. § 70 Not. 2 bei. Wenn aber Eichhorn jener Bemerkung beifügt: „er gehört aber freilich seit dem Deput.Absch. v. 1600 „zu den Instituten, von welchen in den Lehrbüchern mehr vor„kommt, als in den Gerichten:“ so dürfte dieß doch namentlich für die früheren Zeiten (s. z. B. die unten anzuführenden Consil. Tubingensia) sehr zu modificiren seyn.

Was insbesondere noch das Württembergische Particularrecht betrifft: so wird durch dasselbe das Resultat, auf welches uns wohl schon das gemeine Recht führt, die Unanwendbarkeit des Unterschiedes zwischen str. jur. und b. f. actiones, für Württemberg noch besonders bestätigt. Freilich können hiefür die älteren Württ. Schriftsteller nicht als Auctoritäten ange-

---

114) Gegen die Ansicht von Liebe die Stipulation ꝛc. S. 93 f., daß bei uns bei den klagbaren einfachen pacta ein strictum jus gelte, s. Savigny V S. 141 und Sintenis in der Allgem. Literaturzeit. v. 1841 S. 711 f., und gegen die Ansicht von v. Schröter in der Gießner Zeitschr. B. VII S. 389 f., welcher die noch fortdauernde Gültigkeit des Unterschiedes zwischen str. jur. und b. f. actt. wenigstens in Beziehung auf den Würderungseid behauptet, s. Savigny V S. 141, 145 f.

führt werden und auch bei den neueren, welche sich auf die Frage einlassen, möchten wenigstens die Gründe, die sie für ihre Ansicht anführen (mit Ausnahme einer Andeutung von Bolley) nicht stichhaltig seyn. Die älteren Commentatoren des Württ. Landrechts und die so zu nennenden Differentienschriftsteller Plebst Besold Lauterbach Harpprecht lassen sich auf die Frage gar nicht ein. Nur Plebst (ad Part. II nr. 2) berührt die Eintheilung in contractus str. jur. und b. f. und scheint an ihrer fortdauernden practischen Bedeutung nicht zu zweifeln, womit freilich nicht ganz vereinbar ist, was er bei nr. 230 von der Wirkung des Betrugs bei Verträgen überhaupt sagt. Daß aber die älteren Württ. Juristen, daß namentlich Lauterbach im XVII., Graß im XVIII. Jahrhundert, daß die Tübinger Juristenfacultät großentheils für die Fortdauer der praktischen Gültigkeit des Unterschiedes war, geht aus Dem hervor, was S. 113 gesagt ist. Namentlich lassen sich aus den Consilia Tubingensia eine Reihe von Erkenntnissen und Gutachten anführen, in welchen jener Unterschied festgehalten wurde. So verwirft z. B. ein consilium von 1698 (Consil. Tubing. V. p. 460 nr. 18 sq.) die Meinung, daß nach Deutschem Gewohnheitsrecht auch bei judiciis str. jur. Verzugszinsen gefordert werden können; denn der Reichs-Dep.-Absch. von 1600 spreche blos von Darlehen, als correctorisches Gesetz könne man ihn auf andere Rechtsverhältnisse nicht beziehen, und so gelte namentlich bei der condictio indebiti wie bei anderen str. jur. negotiis auch jetzt noch der Röm. Grundsatz, daß Verzugszinsen nicht gefordert werden können, und auf diese Weise sey bisher immer von der Facultät gesprochen worden. Ebenso erkannte sie im Jahre 1743 bei einer actio praescriptis verbis, die sie noch dazu irriger Weise für eine str. jur. actio hielt, Verzugszinsen ab (s. die Stelle oben Not. 57 a. E.). Zwar wurden diese beiden Gutachten ins Ausland gegeben; allein daß die Facultät das Gleiche auch nach Württ. Recht annahm, beweisen andere Consilien, z. B. ein für das Inland gegebenes vom Jahre 1748 (Consil. Tubing. IX p. 179 nr. 36, 39). Der gleichen Ansicht war auch noch einer der späteren aber allerdings nicht der besseren Commentatoren des Landrechts, Hochstetter, welcher in

seinen Annotation. ad part. II tit. I nr. 1 noch ganz der oben ausgeführten Ansicht von Grass folgt. Dagegen wird von den neueren Württ. Schriftstellern, soweit sie die Frage berühren, die Fortdauer der praktischen Gültigkeit jenes Unterschiedes durchaus verworfen, und mit ihnen stimmt wohl auch der neuere Gerichtsgebrauch überein. Namentlich [115] ist dieser Ansicht Weishaar (Württ. Priv.R. 1 und 2 Ausg. § 955—957, 3 Ausg. § 988—990) und Reyscher (Württ. Priv.R. Bd. I § 154, Bd. II § 412). Nur wird freilich durch die Gründe, welche sie anführen, nicht Das bewiesen, was sie behaupten. Denn Weishaar ist der schon oben berührten offenbar irrigen Ansicht, als ob blos die Klagen aus Stipulationen str. jur. actiones gewesen seyen und nun bei uns deßhalb, weil wir keine Stipulationen mehr haben, das strictum jus ganz von selbst wegfalle. Von einem anderen Grunde geht Reyscher aus. Allein wenn er (a. a. O. § 154) sagt: „Die Röm. Klagformeln „finden in Deutschland keine Anwendung; vielmehr wird bei „jeder Klage auf die Absicht des Klägers und die Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses Rücksicht genommen," und daraus herzuleiten scheint, daß der Unterschied zwischen actt. str. jur. und b. f. bei uns unpraktisch sey, dafür auch auf Thibaut sich beruft: so ist zu bemerken, daß die Röm. Klagformeln schon vor und zu Justinians Zeit keine Anwendung mehr fanden und Justinian doch in seiner Rechtssammlung ganz unzweifelhaft jenen Unterschied noch als ganz praktisch behandelt, und was die Berufung auf Thibaut oder in einer anderen Stelle (a. a. O. § 412) auf Glück betrifft: so behaupten diese aus einem ganz anderen aber nicht minder unrichtigen Grunde die Unanwendbarkeit jenes Unterschieds. Nur bei Bolley finde ich einen richtigen Grund wenigstens kurz angedeutet. Er sagt nämlich (Entwürfe

---

115) In Griesingers und Reinhardts Commentaren finde ich die Frage nicht berührt. Aus Dem, was Griesinger Comment. IV S. 1077 sagt und ebenso nach ihm Reinhardt Landr. II S. 25 bemerkt, läßt sich eine bestimmte Ansicht über die Frage nicht entnehmen. Uebrigens ist Reinhardt (in s. Ergänzungen zu Glück II S. 103) schon nach gemeinem Recht der Ansicht, daß die Unterschiede zwischen str. jur. und b. f. acts. nicht mehr gelten.

zu einer Civilproz.O. I S. 512), die Ansicht, daß jener Unterschied in Deutschland nicht mehr zu beachten sey, werde durch unser Landrecht Th. II Tit. 1 und 25 besonders bestätigt. Darin ist allerdings, was wenigstens den Tit. 1 betrifft (denn der ganz vage und unbestimmte Tit. 25 kann hier nichts entscheiden, wie man besonders auch aus der Relation von Haug über diesen Titel sieht), das Richtige angedeutet.

Die Württ. Gesetze nämlich, insbesondere das Landrecht, enthalten keine Spur von einer praktischen Unterscheidung zwischen str. jur. und b. f. actiones und negotia und von der Anwendung der Grundsätze der Ersteren; das Landrecht enthält vielmehr entschiedene Hindeutungen darauf, daß es von einem solchen Unterschiede und vom einer fortdauernden praktischen Gültigkeit des strictum jus durchaus nicht ausgehe. Zwar sollte man glauben, der Referent des zweiten Theils des (dritten) Landrechts (Haug) sey von einer entgegengesetzten Ansicht ausgegangen; denn er bemerkt einmal in einer Stelle seiner Relation (zu Th. II Tit 18), gegen den Schenker habe man eine „condictio certi vel ex lege aut ex stipulatione, quae stricti „juris sunt." Allein Dieß beweist für sich allein noch nichts; es kann Dieß auch eine theoretische Anführung aus dem Röm. Recht seyn, die er aus seinen Auctoritäten abschrieb. Weiter aber könnte man sich darauf berufen, daß er an einer anderen Stelle (zu Th. II Tit. 22 § 2) an den Satz, ein spezieller Vertrag dürfe nicht auf andere Personen und Sachen bezogen werden, als von welchen er ausdrücklich handle, die Bemerkung anknüpft: hinc dicitur, quod pacta sint stricti juris et strictam quoque recipere interpretationem et in his nihil, nisi quod disertis verbis comprehensum est, actum intelligi. Allein aus der Auslegung, die er selbst diesem Satze gibt, sieht man, daß er an den eigentlichen Röm. Gegensatz zwischen str. jur. und b. f. negotium hierbei nicht dachte; denn er bemerkt dazu: Dieß sey wahr, soweit nicht nach den Bestimmungen des Rechts oder nach der wahrscheinlichen übereinstimmenden Absicht der Partheien der Vertrag auf andere Gegenstände, die in ihm nicht ausgedrückt seyen, bezogen werden müsse. Sonst finde ich in seiner Relation nichts, was irgend für eine

Annahme der fortdauernden Gültigkeit des strictum jus sprechen würde, und vielleicht erklärt dieß sich daraus, daß seine Hauptauctorität, das oben S. 114 angeführte Buch von **Mozzius**, bemerkt, nach Canonischem Recht seyen alle Klagen und Geschäfte als bonae fidei zu behandeln. Dagegen sprechen positiv und ganz entschieden gegen die Annahme einer fortdauernden Gültigkeit der besonderen Grundsätze der str. jur. actiones die Bestimmungen des Landrechts über die Berechnung des etwa zu leistenden Werths einer geschuldeten Sache von Zeit des Verzugs an (Landr. II, 1 § 11—14) [116]. Bei dieser Frage konnte den romanisirenden Verfassern unsres Landrechts der Röm. Unterschied zwischen actt. str. jur. und b. f. nicht entgehen (s. die Not. 25 und 26 angeff. Stellen, besonders D. commod. l 3 § 2); allein dieser Unterschied machte ihnen nicht den geringsten Scrupel. Das Landrecht bestimmt ganz allgemein und namentlich für das Darlehen, daß, wenn vom Verzuge an der schuldige Gegenstand im Werthe gestiegen sey, der höchste Werth zu Grunde gelegt werden soll, den der Gegenstand von der Zeit des Verzugs bis zu ergangenem und rechtskräftig gewordenem Endurtheile gehabt habe, wendet also hier durchaus allgemein die Grundsätze an, wie sie nach seiner Auffassung bei den negotia b. f. gelten, und daß auch Haug hierbei nicht das geringste Bedenken hatte, zeigt seine Relation. Als weitere Unterstützung für das Gesagte könnte man noch, wie es scheint, den Art 21 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom Jahre 1839 anführen, indem derselbe ein Recht auf Zinsenbezug bei der Zurückforderung einer erpreßten Geldsumme gibt, während die cst. 4 C. IV, 7 bei der condictio ob turpem causam, wie die Regierungsmotive zu jenem Artikel anführen, das Recht auf Zinsen abspricht. Da nun — möchte man argumentiren — in diesem Gesetze bei einer act. str. jur.

116) Aus der Bestimmung des Landrechts über die Zulässigkeit der Forderung von Verzugszinsen beim Darlehen (Landr. II, 1 § 5) kann man für unsere Frage aus denselben Gründen nichts folgern, aus welchen man aus den R. D. A. v. 1600, welchen zunächst hier das Landrecht zur Vollziehung bringt, nichts folgern kann.

Verzugszinsen ganz unbedenklich gestattet sind: so geht es von einer Unanwendbarkeit der besonderen Grundsätze der actt. str. jur. aus. Allein so läßt sich hier deßhalb nicht argumentiren, weil man bei diesem Gesetze, wie aus den genannten Motiven klar hervorgeht, nicht das Bewußtseyn hatte, daß es sich hier von einer Röm. str. jur. actio handle, vielmehr über den Grund, warum hier die const. 4 cit. das Recht auf Zinsen nicht zugeben will, völlig im Unklaren war und nur deßhalb für das Recht auf Zinsen entschied, weil Dieß „der Billigkeit und den „heutigen Rechtsbegriffen angemessener" sey. Aber so viel geht jedenfalls auch aus diesen Motiven hervor, daß der Gesetzgeber überhaupt es „den heutigen Rechtsbegriffen" für angemessen hielt, einen Grundsatz zu verwerfen, der den Röm. str. jur. actiones (woran aber hier freilich der Gesetzgeber nicht besonders dachte) eigenthümlich war. Daß auch der neuere Gerichtsgebrauch, namentlich der des Obertribunals, für die Verwerfung jenes Unterschiedes sey, ergibt sich aus manchen bekannt gewordenen Urtheilen und aus dem Zeugnisse von Bolley [117].

So haben wir daher das Resultat: Die eigenthümlichen Grundsätze, welche nach Röm. Recht bei str. jur. negotiis und actionibus im Gegensatze zu den b. f. negotia und actiones galten, gelten bei uns nicht mehr; vielmehr treten in diesen Punkten bei uns allgemein,

---

117) Vermischte jurid. Aufsätze S. 167 Entwürfe z. einer Civilproz. O. I S. 512. Zwar sagt hier Bolley, er habe doch, obgleich man in allen Lehrbüchern finde, daß der Unterschied zwischen str. jur. und b. f. actt. in Deutschland nicht zu beachten sey, bei seinem Collegium (dem Obertribunal) stets eine Neigung seiner Collegen gefunden, rücksichtlich der Verzugszinsen diesen Unterschied aufrecht zu erhalten, selbst nachdem ein von ihm gestellter Antrag auf Verzugszinsen bei der condictio indeb. angenommen und dieser Beschluß in das Präjudizienbuch eingetragen worden sey. Allein diese Ansicht seiner Collegen scheint sich doch, wie namentlich aus dem unten anzuführenden Erkenntnisse hervorgeht, nicht auf Festhaltung eines Unterschiedes zwischen str. jur. und b. f. actt. zu beziehen, sondern darauf, daß sie manche Klagen, bei welchen das Röm. Recht Verzugszinsen verweigert, wie namentlich die condictio indebiti, irrig nicht als str. jur. erkannten, sondern für bonae fid. actiones hielten und gerade deßhalb glaubten, daß die betreffende Bestimmung des Röm. Rechts bei uns nicht unpractisch geworden sey.

ſoweit die betreffenden Rechtsgeſchäfte und Klagen noch vorkommen, die Grundſätze ein, welche nach Röm. Recht bei b. f. negotiis und actionibus galten. Die praktiſche Wichtigkeit dieſes Grundſatzes, wie Manches vom Röm. Recht durch ihn ſeine Anwendbarkeit bei uns verliehrt, in wie manchen Fällen nun die Frage über die Concurrenz zweier Klagen, einer b. f. und str. jur. actio, und die Frage über die nähere Bedeutung und Beziehung mancher Klagen [118] bei uns unpraktiſch wird, ergibt ſich aus der obigen Ausführung. Aber aus derſelben dürfte ſich ebenſo ergeben, wie ſehr es von Intereſſe iſt, genau zu wiſſen, welche Klagen und Rechtsverhältniſſe nach Röm. Recht str. jur., welche b. f. waren und welche praktiſche Bedeutung dieſer Unterſchied im Röm. Recht hatte. Manches, was lediglich Ausfluß des strictum jus war, könnte ſonſt auf ungeſchickte Weiſe noch angewendet werden, weil man es nicht als einen ſolchen Ausfluß erkannte, und die in den Quellen bei gewiſſen Klagen ausgeſprochenen Grundſätze könnte man irrig auch jetzt noch bei dieſen Klagen anwenden wollen, weil man es überſah, daß jene Klagen bei den Römern str. jur. actiones waren. Wie leicht hier ohne genaue Kenntniß jener Momente praktiſche Irrthümer möglich ſind und wirklich vorkommen, darauf macht auch Savigny V S. 146 in Beiſpielen aufmerkſam [119]. Auch unſre

---

118) Sobald nur unzweifelhaft iſt, daß ſie zu den str. jur. actiones gehörten. So iſt nun auch der Ausdruck triticaria condictio für uns völlig bedeutungslos geworden (S. 77). Auch den Namen condictio für jede perſönliche Klage zu gebrauchen, wäre jetzt practiſch etwas ganz Unbedenkliches. Indeſſen iſt es gewiß beſſer und wahrt gegen manche Verſtöße, wenn man ihn auch jetzt noch nur da gebraucht, wo ihn die Römer techniſch gebrauchten. Für einen Kenner des Röm. Rechts müßte es ganz wunderlich lauten, wenn man von einer condictio emti venditi, einer condictio mandati ꝛc. ſprechen wollte.

119) Z. B. wenn Glück und Andere, welche doch davon ausgehen, daß die Grundſätze der str. jur. actiones bei uns nicht mehr gelten, dennoch die triticaria condictio als etwas noch ganz Practiſches behandeln. Hierher gehört auch, wenn Manche die actio de eo quod certo loco (S. 59, 60) noch für practiſch halten. Wenn Aeltere, wie z. B. Lauterbach, dieß thun: ſo war es natürlich; denn dieſe gehen ja von der noch fortdauernden Gültigkeit der beſonderen Grundſätze des Röm. Rechts über str. jur. actiones aus. Aber auffallend iſt es, wenn es auch von manchen Neueren geſchieht, die von der letzteren

gerichtlichen Erkenntnisse dürften wohl da und dort manche solcher Beispiele an die Hand geben. Ich will nur Eines anführen.

Prämisse nicht ausgehen, z. B. wenn v. Reinhardt Ergänzungen zu Glück B. IV S. 503 sagt, daß er jene actio arbitraria „noch jetzt für anwendbar halte.“ In welchem Sinne, sagt er freilich nicht. Eine besondere actio de eo quod certo loco ist bei uns in dem S. 58 f. angef. Falle gar nicht mehr nöthig, weil bei uns nun allgemein Das gilt, was S. 61 von den b. f. actiones gesagt ist. Andere geben dieß zu, aber meinen, die materiellen Grundsätze, welche im Pandectentitel de eo quod certo loco in Beziehung auf Berücksichtigung des Interesse loci ꝛc. ausgesprochen seyen, gelten bei uns doch noch, so z. B. Glück Pandect. XIII §. 848 und die dort Angeff. Allein daß auch dieses nicht richtig ist, ergibt sich schon aus dem S. 61 bei Not. 31 Gesagten. Ueberhaupt aber beachtet man bei der Frage über Zahlungsort nicht gehörig den Einfluß, den hier im Röm. Recht der S. 15 f. ausgeführte Grundsatz hatte und den bei uns nun das Wegfallen jenes Grundsatzes hat. Man muß nämlich nach Röm. Recht beim Zahlungsorte zwei Fragen wohl unterscheiden: a. die Frage, an welchem Orte der Schuldner nach der Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses an sich seine eigentlich schuldige Leistung zu zahlen hat. An diesem Orte mußte der Schuldner zahlen, wenn er sich vor Fällung eines richterlichen Erkenntnisses (vor der Condemnation) durch eine (sey es ganz freiwillig oder auf einen arbitratus de restituendo hin S. 18) geschehene Zahlung von seiner Schuld gehörig befreien will (davon handeln z. B. D. V, 1 de judic. *l.* 38 XXX de legat. I *l.* 47 § 1 VI, 1 de R. V. *l.* 10—12 XVI, 3 depos. *l.* 12 § 1); b. die Frage, an welchem Orte er zu zahlen hat, wenn er es zur Verurtheilung kommen ließ. Da im letzteren Fall die Zahlung immer auf eine Geldsumme ging (S. 15 f.): so hatte diese der Verurtheilte stets da zu zahlen, wo er verurtheilt wurde; nur kam dann bei dieser Verurtheilung das Interesse loci in Anschlag, aber anders bei Rechtsverhältnissen des strictum jus, anders bei actionibus b. f. (S. 60 f.).

Bei uns aber muß sich dieß ändern, weil bei uns der unter b. berührte Grundsatz wegfällt. Bei uns hat auch der Richter lediglich nach dem Grundsatze unter a. zu erkennen, wo auch geklagt worden seyn mag, d. h. er muß auf die eigentlich geschuldete Leistung erkennen (S. 26 f.), also auch auf Zahlung an dem Orte, an welchem nach der Natur des betreffenden Rechtsverhältnisses der Schuldner zu leisten hat (z. B. wenn gegen einen Stuttgarter, welcher in Heilbronn zu leisten versprach, in Stuttgart geklagt wird: so hat der Richter zu erkennen, daß der Beklagte in Heilbronn zu leisten verbunden sey). Auf ein Interesse loci hat er daher in der Condemnation noch gar keine Rücksicht zu nehmen, außer (und dann nach den Grundsätzen der Note 31) soweit durch die Zögerung bereits Schaden zugefügt wurde oder der S. 24 unt. bemerkte Fall vorhanden ist (wo dann dieses Interesse am Klagort zu zahlen ist). Gewöhnlich aber entsteht bei uns die Frage über das Interesse Loci erst bei der

Die Entscheidungsgründe zu einem Erkenntnisse des Württ. Obertribunals vom 5. Sept. 1823 gehen mit Recht davon aus, daß bei uns alle Klagen nach den Grundsätzen der bonae fidei actiones zu behandeln seyen, und doch erklärten sie, daß bei der condictio indebiti Verzugszinsen in der Regel nicht gefordert werden können; denn — sagen sie — „es werde mit Recht von vielen Rechtsgelehrten bezweifelt, ob die condictio indebiti nach dem Röm. System überhaupt zu den actionibus stricti juris zu zählen gewesen sey, indem Papinian in der *l.* 66 de condict. indeb. ausdrücklich sage: haec condictio ex aequo et bono introducta est.“ Es wurde dabei, wie es auch von Anderen z. B. Glück Pandect. XIII S. 156 geschah, übersehen, daß eine Klage, die auf die allgemeinen Principien der aequitas sich stützt, doch gar wohl stricti juris seyn konnte, daß überhaupt dieses Moment bei der Entscheidung, welche Klagen zur Klasse der str. jur. oder der b. f. actiones gehörten, gar nicht maaßgebend war [120]. Denn z. B. Stipulationen zu halten, war doch gewiß dem aequum et bonum gemäß, und doch war die Stipulationsklage ganz unzweifelhaft stricti juris; ebenso

---

Execution, wenn nämlich die Execution nicht so beschafft werden kann, daß der Kläger an dem unter a. bezeichneten Orte die Erfüllung der eigentlich schuldigen Leistung bekommt.

Daß diese verschiedenen Momente sowohl bei der Auslegung des Röm. Rechts als bei seiner heutigen Anwendung nicht gehörig beachtet werden, würde sich durch viele Beispiele nachweisen lassen. Dieß ist z. B. der Fall bei dem Satz, der in unsren Systemen häufig vorkommt (z. B. Thibaut Pandect § 654 bei Note z, Fritz Erläutt. in Wening H. III S. 122, 123 vrgl. auch Mühlenbruch Pandect. § 466 a. E.), „daß der Gläubiger, wenn die Zahlung am gehörigen Orte nicht erfolge, verlangen könne, daß ihm der Schuldner an einem andern, als dem bestimmten Zahlungsorte (am Klagorte) zahle.“ Klagen kann bei uns der Gläubiger allerdings an jedem andern Orte, wo der Schuldner einen Gerichtsstand hat, aber nicht darauf klagen, daß er hier zahle, sondern darauf, daß er am bestimmten Zahlungsorte zahle, und hierauf hat ihn auch der Richter zu verurtheilen und die Execution (im Nothfalle durch Requisition ꝛc.) zu versuchen. Nur wenn durch Verzug des Schuldners die Zahlung am bestimmten Zahlungsorte ihr Interesse für den Gläubiger verlohren hat, kann er den Ersatz dieses Interesses am Klagorte verlangen.

120) Vrgl. Savigny V S. 510.

hat die Klage aus dem Darlehen, welches unzweifelhaft ein stricti juris negotium bei den Römern war, hatten überhaupt die meiſten übrigen Condictionen, die auf ein Haben ohne Grund oder aus ungerechtem Grunde ſich ſtützen, in dem aequum et bonum ihren Urſprung, und doch waren ſie ſämmtlich stricti juris. So wurde daher in dem angegebenen Fall bei der condictio indebiti einem Röm. Grundſatze, welcher lediglich Ausfluß des bei uns nicht mehr geltenden strictum jus war, noch praktiſche Anwendung gegeben, weil man die Natur jener Klage nicht gehörig aufgefaßt, ſie nicht als stricti juris actio erkannt hatte.

Nachtrag zur siebenten Erörterung [1].

Ueber das Verhältniß der Markungs- und Steuergrenzen bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit namentlich bei Verpfändungen und Führung der Güterbücher (nach Württ. Recht).

Für die in der VII. Erörterung entwickelten Lehren des Württ. Rechts ist natürlich die Frage über die Zuständigkeit der Behörde, welche die öffentlichen Bücher führt, von großer Wichtigkeit. Ein Unterpfand ist ungültig, wenn eine unzuständige Pfandbehörde über dasselbe erkannte, ein Eintrag und eine Wahrung in einem Güter- Vertrags- oder Pfandbuche muß ganz wirkungslos seyn, wenn das Buch nicht das derjenigen Behörde ist, welcher das betreffende Gut zu jenen Zwecken unterworfen ist.

Bei exemten Grundstücken ist die Frage über diese Zuständigkeit unzweifelhaft. Für sie ist in allen genannten Beziehungen der Gerichtshof (Civilsenat) des Kreises zuständig, in welchem das exemte Gut liegt; für sie entscheiden also lediglich die Bücher und die Erkenntnisse dieses Gerichtshofes.

Bei nichtexemten Grundstücken sollte der Natur des Verhältnisses nach die Markung des Ortes, in welcher das Gut liegt, die Zuständigkeit bestimmen d. h. für sie der Gemeinderath

---

1) Heft I S. 137 f.

derjenigen Gemeinde, in deren Markung das Grundstück liegt, zuständig, und dessen Bücher maaßgebend seyn. Dieß sprechen auch unsre Gesetze aus. Allein hier ist in einigen Beziehungen die Frage bestritten wegen eines da und dort noch bestehenden anomalen Verhältnisses.

Es gab nämlich früher in Württemberg Grundstücke, welche, obwohl innerhalb der Markung einer Gemeinde gelegen und zu dieser Markung gehörend und an den Markungsrechten dieser Gemeinde theilnehmend, doch nicht bei dieser sondern bei einer anderen Gemeinde steuerbar (in Beziehung auf Staats- und Gemeindelasten) waren, also mit dieser anderen Gemeinde im Steuerverbande standen. Dieß erklärt die Steuerinstruction vom 24. Januar 1713 Nr. 5 für einen Uebelstand; sie bestimmt deßhalb, daß „solche Observanz und Herkommen „hiermit aus landesfürstlicher Macht aufgehoben seyn, hingegen „ein jedes Gut zur Besteurung an seinen District und Markung „verwiesen werden soll.“ Allein leider läßt sie doch noch Ausnahmen zu, indem sie beifügt: „es wäre denn, daß sich solche „Specialcasus ereignen möchten, da es ohne offenbare Iniquität und Unbilligkeit nicht geschehen könnte, da dann dergleichen „casus zur Decision unterthänigst berichtet werden könnten.“ Auf diesem letzteren Wege nun blieben viele solcher Ausnahmen bestehen. Ueberdieß gab es auch in den Gebietstheilen, welche im ersten Jahrzehent dieses Jahrhunderts zum Lande hinzukamen, viele Gemeinden, in welchen die Markungs- mit den Steuergrenzen nicht übereinstimmten (besonders wenn Theile eines Bauerngehens in der Markung einer anderen Gemeinde lagen)[2]. Zwar wollte die Staatsregierung diesem auf verschiedene theils privatrechtliche theils öffentlichrechtliche Gründe und Verhältnisse gestützten Uebelstande in neuerer Zeit abhelfen, indem sie im Jahre 1834 einen Gesetzesentwurf über die Gleichstellung der Markungs- und Steuergrenzen der Gemeinden dem ständischen Ausschusse mittheilte[3]. Der Entwurf wurde auch von der Kammer der

---

2) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1835 Sitzung CXXIII S. 48, CXXIV S. 29 f. CXXV S. 33 f.

3) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten v. 1835 Beil. H. I S. 1—16.

Abgeordneten mit Modificationen angenommen; allein das beabsichtigte Gesetz, welches allerdings manches Bedenkliche hatte [4], kam nicht zu Stande, indem die Kammer der Standesherren dem Entwurfe ihre Zustimmung versagte, „weil durch denselben „das öffentliche Recht auf Kosten des Privatrechts zu sehr ausgedehnt werde, er in die Rechte und Verhältnisse der Gemeinden „und Privaten tief und verletzend eingreife und viele wohlbegründete Beschwerden derselben hervorrufen würde, weil die „Nothwendigkeit nirgends hervorleuchte, jetzt schon ein solches „Zwangsgesetz zu geben, und die Kammer der Standesherren „glaube, daß es noch längere Zeit dem gütlichen Uebereinkommen der einzelnen Gemeinden und Privaten zu überlassen „sey, sich über die Gleichstellung der Markungs- und Steuergrenzen zu vergleichen, die Kammer aber die obengenannten „Mißstände durch die Beschlüsse der Kammer der Abgeordneten „nicht als gehoben erachtet habe".

Hiernach dauert jener Uebelstand auch jetzt noch fort, allerdings aber in gemindertem Maaße, indem in den neueren Zeiten bei der Verfertigung der Flurkarten und Primärcataster durch gütliche Uebereinkunft in vielen Gemeinden, in welchen dieß noch nicht der Fall war, die Markungsgrenzen mit den Steuergrenzen ausgeglichen wurden. Da aber die Verschiedenheit in manchen Gemeinden immerhin noch besteht: so ist für Diese die Frage sehr wichtig, ob einzelne zu einer Gemeindemarkung gehörige Grundstücke, welche zu einer anderen Gemeinde steuern, zum Gemeindeverbande dieser oder jener Gemeinde gehören, und namentlich, ob sie unter der Gerichtsbarkeit dieser oder jener Gemeinde stehen, insbesondere, welche von beiden Gemeinden bei Verpfändungen solcher Grundstücke die zuständige Stelle sey, und welcher Gemeinde Gerichtsbücher in Beziehung auf Einträge Vormerkungen und Wahrungen

---

4) So sehr der Zweck des Gesetzentwurfes anzuerkennen war, so wurden doch in der Ständeversammlung sehr triftige Gründe gegen die Weise vorgebracht, wie der Entwurf die Sache durchzuführen suchte. Vrgl. z. B. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1835 Sitzung CXXIV S. 10 f. 29 f. 41 Sitzung CXXV. S. 11 f. 13 f.

überhaupt auf die in der VII. Erört. entwickelten Verhältnisse maaßgebend seyen.

Nach dem früheren Recht bis zum Pfandgesetze litt es wohl keinen Zweifel, daß solche Güter zum Gemeindeverbande (Mein Handb. I S. 949) derjenigen Gemeinde gehörten, in deren Markung sie liegen, daß somit diese Gemeinde und nicht die Gemeinde, mit der sie im Steuerverbande stehen, über sie die Gerichtsbarkeit und die Rechtspolizei auszuüben habe. Schon unsere älteren Gesetze gehen durchaus davon aus, daß die Grenzen der Gemeindejurisdiction durch die Grenzen der Markung der Gemeinde bestimmt werden (vrgl. Landr. II, 15 § 1; II, 16 § 18, 19); ebenso bestimmt auch das Gesetz vom 19. Juni 1808 § 2, daß in Betreff der Insinuation der Verträge über Liegenschaften derjenige Magistrat zuständig sey, in dessen Gebietsbezirke das Gut gelegen ist; und daß unter „Gebietsbezirk" nichts Anderes verstanden werden kann, als die Markung, ist schon an sich unzweifelhaft, geht aber auch noch entschieden aus § 8 desselben Gesetzes hervor. Von der gleichen Unterstellung geht das Verwaltungsedict von 1822 aus, indem es § 3 bestimmt: „Der Gemeindeverband erstreckt sich auf „alle nicht gesetzlich davon ausgenommene, innerhalb der „Gemeindemarkung befindliche, Personen und Sachen;" bei den gesetzlich ausgenommenen Fällen aber dachte es offenbar nicht an jene Fälle, in welchen einzelne Güter zu einer anderen Gemeinde steuern, sondern nur an solche Fälle, in welchen Personen oder Sachen durch eine besondere Exemtion von dem Verbande der Gemeinden überhaupt ausgenommen sind (sg. exemte Personen und Sachen vrgl. mein Handb. I S. 1025, 1026). Ueberhaupt werden in Beziehung auf Grundstücke dem Gemeindeverbande blos die exemten Güter (welche ihren Gerichtsstand vor den Gerichtshöfen haben) entgegengesetzt und hiernach sind unter dem Gemeindeverbande alle zur Gemeindemarkung gehörige Güter, sofern sie nicht exemte in dem eben angegebenen Sinne sind, zu verstehen. So nimmt es wohl auch das IV. Org.Edict v. 1818 § 2. Die Gerichtsbarkeit, freiwillige und streitige, über solche Güter hätten hiernach die Gemeinden, in deren Markung sie liegen.

Nimmt man dieß auf diese Weise: so würde die Anomalie, welche darin liegt, daß ein Gut, das zur Markung und zum Verbande einer Gemeinde gehört, doch zu einer anderen Gemeinde steuert, blos von geringerem Umfange seyn; sie würde sich blos auf das Steuerverhältniß beziehen, für alle übrige Verhältnisse aber, namentlich für die so wichtigen rechtspolizeilichen, nicht bestehen.

Allein bei der Berathung des Pfandgesetzes von 1825 wollte die ständische Commission, welche den Gesetzesentwurf zu begutachten hatte, dieser Anomalie eine Bedeutung und Ausdehnung auch auf die rechtspolizeilichen Verhältnisse geben, die sie ihr in der That nicht hätte geben sollen, da sie dadurch nur zu einer Vermehrung der Verwirrung beitragen konnte. Bei dem Pfandgesetze mußte nämlich die wichtige Frage entschieden werden, über welche Güter ein Gemeinderath zur Bestellung eines Unterpfandes zuständig sey. Der Entwurf des Pfandges. § 102 hatte hierüber ganz im rechten Sinne vorgeschlagen, daß „der Gemeinde„rath desjenigen Ortes, in dessen Markung das zu verpfändende Grundstück gelegen ist," zur Verpfändung zuständig sey, und er spricht deßhalb immer vom Gemeinderathe der gelegenen Sache und erwähnt im § 103 als besonderen Fall consequent blos den, wenn die zu verpfändenden Güter in verschiedenen Markungen liegen, aber keineswegs den Fall, wenn sie in verschiedenen Steuerverbänden stehen, eben weil er davon ausging, daß nicht der Steuerverband, sondern lediglich die Markung über die Zuständigkeit entscheide.

Der ständische Ausschuß, welcher zunächst den Entwurf begutachtete, schlug zwar vor, statt „Gemeindemarkung" zu setzen „Gemeindeverband." Allein er behielt im Uebrigen in dieser Beziehung die Sätze und Ausdrücke des Entwurfs ganz bei, und daß er unter „Gemeindeverband" auch nichts Anderes verstand, als die Gemeindemarkung, geht schon aus dem Gegensatze hervor, den er gebraucht, indem er den im Gemeindeverbande stehenden Gütern blos die exemten Güter (im oben angef. Sinne) entgegensetzt [5]. Wäre deßhalb lediglich jener Antrag des

5) Verhandlungen der Stände von 1823—1824. Beil. H. III S. 193.

Ausschusses angenommen worden: so würde dadurch bei dem Sinne, den er mit „Gemeindeverband" verknüpfte, von dem Grundsatze, daß die Gerichtsbarkeit des Gemeinderaths namentlich in Pfandsachen sich über seine ganze Markung, blos mit Ausnahme der exemten Güter, erstrecke, durchaus keine Abweichung begründet worden seyn.

Allein die ständische Commission, welche später der Kammer noch einen Bericht über den Entwurf zu erstatten hatte (Mein Handb. 1 S. 974) nahm die Sache leider in einem ganz anderen Sinne. Auch sie trug, wie der Ausschuß, darauf an, statt „Gemeindemarkung" zu setzen „Gemeindeverband"; allein sie trug auf diese Aenderung aus einem ganz besonderen Grunde an, indem sie sagt: „Der Grund davon liegt darin, weil wir „in Folge der Steuerinstruction von 1713 Satz 5 im alten „Lande [6] viele Güter finden, welche zwar geographisch, nach den „Markungssteinen, zu der Markung der einen Gemeinde, aber „im rechtlichen Sinne zu der Markung einer ganz anderen „gehören d. h. welche in einem ganz anderen Gemeindeverbande „stehen, eine Anomalie, die freilich bei der definitiven Steuerrectification nicht weiter geduldet werden sollte" [7]. Sie nahm somit den Ausdruck Gemeindeverband nicht in dem Sinn von Umschlossenseyn durch dieselbe Markung, sondern im Sinn von Steuerverband.

Dieser Steuerverband ist allerdings eine sehr wichtige und fühlbare Beziehung des Gemeindeverbands; allein sie ist doch nur eine Seite desselben und es war gewiß zu weit gegangen, wenn die Commission diesen Steuerverband lediglich übersetzte mit Gemeindeverband, wenn sie gar hier von einer „Markung im rechtlichen Sinne" spricht, ein Begriff, der in dieser Weise unsren Quellen wie unsrem Leben eigentlich etwas ganz Fremdes ist, und wenn sie dem Worte Gemeindeverband einen ganz anderen Sinn beilegt, als ihm die bestehenden Gesetze, z. B. das Verwaltungsedict v. 1822, beilegen. Noch anomaler wird

---

6) Daß nicht blos in Altwürttemberg dieß der Fall war, wie die Commission glaubte, darüber s. Not. 2.

7) Die angeff. Verhandlungen a. a. O. S. 273.

diese Ansicht der Commission, wenn man bedenkt, daß an den Grenzen des Landes, namentlich gegen die Fürstenthümer Hohenzollern, es einzelne Güterstücke gibt, die zu den Markungen Württembergischer Gemeinden, überhaupt zu Württemberg gehören, aber zu benachbarten ausländischen Gemeinden steuern müssen [8]. Sollen also, soweit es noch solche zu ausländischen Gemeinden steuerbare Güter in unsrem Lande gibt, diese nicht im Württ. Gemeindeverbande stehen? Und wie soll es bei solchen Gütern mit der zur Verpfändung zuständigen Behörde gehalten werden? Genug aber, in jenem Sinn schlug die Commission vor, das Wort Gemeindeverband statt des Wortes Markung zu setzen. Freilich gab sie eben damit zugleich die von ihr behauptete doppelte Bedeutung des Wortes Markung — im rechtlichen Sinn und nicht im rechtlichen Sinn — auf; denn sonst hätte sie das Wort Markung wohl beibehalten können.

Was den auf diesen Vorschlag der Commission erfolgten Beschluß der Ständeversammlung betrifft: so steht in ihrem Protocolle blos: „die vier Sätze des Ausschusses" (unter diesen ist der oben S. 130 angef. Antrag des Ausschusses) „werden angenommen. Der XXIV. Antrag der Commission, daß in den §§ 102 und 124 statt der Worte: in der Gemeindemarkung gelegenen zu setzen wäre zum Gemeindeverband gehörigen, wird ebenfalls angenommen." Dieses Letztere hatte aber schon der Ausschuß, wie gesagt, beantragt, freilich in einem ganz anderen Sinn, und dieser Antrag war eben durch die Annahme jener 4 Sätze ebenfalls angenommen. Daraus aber, daß noch besonders hervorgehoben wird, die Kammer hätte den genannten Antrag der Commission ebenfalls angenommen, scheint hervorzugehen, daß die Kammer ihn im Sinn der Commission und nicht im Sinn des Ausschusses angenommen habe. Der Regierung aber wurde dieser Beschluß ohne alles Motiv, gerade wie er im ständischen Protocolle steht, mitgetheilt [9], so daß er ihr hiernach blos als eine Fassungs-,

---

8) Vrgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1835 Sitzung CXXIV S. 14 und Beil. H. II S. 7.

9) Verhandlungen der Stände von 1823—1824. Beil. H. III S. 399.

nicht als eine Sinnesänderung, erscheinen konnte. Auch schien die Regierung den Antrag blos als eine Veränderung des Ausdrucks, nicht der Sache selbst, aufzunehmen; denn in ihrem Reskripte [10] sagt sie blos: „Die angetragene Wortver„änderung unterliegt keinem Anstande.“ So steht daher nun im Pfandgesetze Art. 138: die zuständige Behörde, welche über eine Unterpfandsbestellung zu erkennen hat, ist bei nicht exemten Gütern „der Gemeinderath desjenigen Orts, zu dessen Communalverbande das zu verpfändende Gutsstück gehört,“ und im Art. 158: „bei jedem Gemeinderath ist zum Behuf der Eintragung von Verpfändungen Vormerkungen und Verwahrungen in Beziehung auf die zum Gemeindeverband gehörigen verpfändbaren Gegenstände ein Unterpfandsbuch zu halten.“

In welchem Sinn sind nun diese Artikel des Pfandgesetzes zu nehmen? Was heißt Gemeindeverband? Ist anzunehmen, daß bei Verpfändung von Güterstücken, welche in der Markung der einen Gemeinde liegen, aber zu einer anderen Gemeinde steuern, der Gemeinderath der letzteren Gemeinde, zu welcher sie steuern, nicht aber der Gemeinderath derjenigen Gemeinde, in deren Markung sie liegen, die zuständige Pfandbehörde sey?

Diese Frage bejaht aufs Bestimmteste v. Bolley Bemerkk. z. Pfandgesetz II S. 508 unter Beziehung auf den oben angef. Antrag der ständ. Commission und er glaubt deßhalb, daß nach jenem „Gange der Verhandlungen und nach dem Gesetze“ die Verpfändung solcher Güter nichtig sey, wenn sie von der Pfandbehörde des Orts, von dessen Markungssteinen sie umschlossen sind, vorgenommen würde. Der gleichen Ansicht scheint auch Seeger Erläutt. d. Pfandgesetz II S. 2 zu seyn und auch Reyscher Württ. Privatrecht § 532 Not. 1 scheint Bolley beizutreten [11].

Natürlich mußte die Frage bald nach Erlassung des Pfand-

---

10) Die angeff. Verhandlungen S. 144.

11) Aber dann müßte das beschränkt werden, was Reyscher § 242 Nr. 5 (2. Ausg. Nr. 4) über das Unterpfandsrecht sagt. — Hufnagel Belehrungen üb. d. Pfandg. S. 45 beschränkt sich darauf, in einer Note den unten angef. Just.Min.-Erlaß und Bolley anzuführen.

gesetzes praktisch zur Sprache kommen, und auf eine dießfällige Anfrage eines Gerichtshofs sah sich das Justizministerium veranlaßt, über dieselbe in einem Erlasse sich zu äußern [12]. In demselben beruft es sich ebenfalls auf die „dem Pfandgesetze vorausgegangenen Berathungen" und glaubt, aus denselben gehe unzweifelhaft hervor, „daß für die Verpfändung von Gütern, „welche zu einem anderen Ort, als demjenigen, innerhalb dessen „geographischer Grenze (Markung) sie liegen, steuerbar, auch „zugleich in die öffentlichen Bücher jenes Orts ein„getragen sind und in solchen fortgeführt werden, „so lange, als überhaupt ein Verhältniß dieser Art hin und wie„der noch stattfindet, der Gemeinderath des letzteren Orts zu„ständig sey. Hiernach werde als ausgemacht anzunehmen seyn, „daß in den Artt. 158 und 158 des Pfandgesetzes unter dem Ge„meinde- oder Communal-Verbande im Gegensatze der „geographischen Begrenzung, soweit eine Verschiedenheit zwischen „beiden zur Zeit noch in einigen Bezirken stattfindet, die Rechts„gemeinschaft verstanden sey, welche nur in Beziehung auf „denjenigen Ort besteht, der von dergleichen Gütern nicht etwa „blos die Staatssteuern einzuziehen, sondern sie für sich anzu„legen, und dessen Gemeinderath über alle Contracte „zu erkennen, mithin insoweit die Rechtspolizei „auszuüben hat." Hiernach scheint das Justizministerium die Ansicht von Bolley zu theilen; aber ob durchaus, ist noch die Frage. Es setzt nämlich für die Zuständigkeit des Gemeinderaths, zu dessen Gemeinde ein in fremder Markung liegendes Gut steuerbar ist, außer dieser Steuerbarkeit noch eine zweite Bedingung, von welcher jener Commissionsantrag und Bolley nichts erwähnen, nämlich daß das Gut zugleich auch in die öffentlichen Bücher jener Gemeinde eingetragen und in denselben fortgeführt werde und daß jener Gemeinderath über alle dieses Gut betreffende Contracte zu erkennen, mithin insoweit die Rechtspolizei auszuüben habe. Es ist hier somit die Zuständigkeit noch von einer weiteren, doppelten Bedingung und zwar von einer factischen (Eintrag in die öffentlichen Bücher des betreffenden

12) Abgedruckt im Ergänzungs-Bd. z. Reg.Bl. S. 86.

Orts und Fortführung in denselben) und von einer rechtlichen (Zuständigkeit zum Erkenntniß über Verträge, die über das Gut geschlossen werden) abhängig gemacht. Allein von solchen Bedingungen machen jene ständischen Verhandlungen die Sache nicht abhängig, und was die letztere Bedingung betrifft: so ist sie eigentlich nach den Gesetzen niemals zutreffend, weil nach denselben über Veräußerungsverträge, welche in Beziehung auf Liegenschaften geschlossen werden, stets nur der Gemeinderath der gelegenen Sache d. h. der Gemeinde, in deren Markung die Sache liegt, zu erkennen hat. Hiernach würde eigentlich, wenn man an den Bedingungen, die das Justizministerium stellte, durchaus festhält, die Zuständigkeit des Gemeinderaths derjenigen Gemeinde, zu welcher das in fremder Markung liegende Gut blos steuert, für Verpfändungen niemals begründet seyn. Auch ist nicht einzusehen, wie das Steuerverhältniß und die Erkennung von Contracten die ganze Rechtsgemeinschaft erschöpfen sollen, welche eine Gemeinde umschließt. Es ist dieß ja nur ein Theil dieser Rechtsgemeinschaft, der noch dazu früher wohl nie unter dem Ausdrucke „Gemeindeverband" begriffen wurde.

Ueberhaupt aber erheben sich gegen die Ansicht, daß der Gemeinderath der Gemeinde, zu welcher das Gut steuert, und nicht derjenige, in dessen Markung das Gut liegt, für die Verpfändung solcher Güter zuständig sey, die dringendsten Zweifel.

Schon nach den oben angeff. Verhandlungen ist es nichts weniger als zweifellos, daß sämmtliche Factoren der Gesetzgebung von der Ansicht Bolley's ausgingen, indem gerade die Regierung die Aenderung im Entwurfe blos als eine Veränderung der Fassung, nicht aber als eine Aenderung des Sinnes, ihrer ausdrücklichen Erklärung zu Folge auffaßte. Zwar scheint die Hauptinstruction zum Pfandgesetze § 6, auf welche auch der angef. Just. Minist. Erlaß sich bezieht, auf den ersten Anblick etwas der Bolley'schen Ansicht Entsprechendes zu sagen, indem sie bestimmt: „Insbesondere wird den Unterpfandsbehörden eingeschärft, „auf Gütern, welche zur Ortsmarkung nicht gehören, „oder im Gemeindeverband ihres Ortes nicht begriffen sind, keine Unterpfänder zu bestellen, indem eine „solche Unterpfandsbestellung nach dem Gesetze nichtig seyn

„würde". Sie scheint hier „Gemeindeverband" im Sinn von Bolley zu nehmen. Allein es scheint dieß blos so. Denn betrachtet man die Stelle genau: so spricht sie vielmehr das Gegentheil von der Bolley'schen Ansicht aus, indem der Fassung des § nach die Worte „oder im Gemeindeverbande ihres Ortes nicht „begriffen sind," nur als eine Erklärung der Worte „zur Ortsmarkung nicht gehören" genommen werden können, so daß also „Ortsmarkung" und „Gemeindeverband" hier gleichbedeutend wären. Wollte die Stelle das Gegentheil, wollte sie Das sagen, was Bolley behauptet: so hätte sie sich anders ausdrücken müssen; sie mußte dann sagen: „welche zur Ortsmarkung zwar „gehören, aber nicht im Gemeindeverbande ihres Orts be„griffen sind." Unmöglich aber kann man so die Stelle nehmen; denn man müßte ja dann die Worte: „zur Ortsmarkung nicht gehören oder" — geradezu ändern in: „zur Ortsmarkung allerdings gehören, aber" — [13].

Ueberhaupt würde sich nach der Ansicht Bolley's eine ganz auffallende Trennung der Zuständigkeit der Gemeinderäthe ergeben. Für Verpfändungen solcher zu anderen Gemeinden steuerbaren Güter wäre der Gemeinderath der Gemeinde, zu der sie

---

13) Würde man den Ausdruck „Gemeindeverband" in jener Stelle in einem anderen Sinn, als den Ausdruck „Ortsmarkung", und die beiden Positionen disjunctiv nehmen: so würde aus der Stelle das eigne Resultat hervorgehen, daß für Güter, die zu einer anderen Gemeinde steuerbar sind, gar kein Gemeinderath zur Verpfändung zuständig wäre; denn die Stelle würde dann sagen, ein Gemeinderath dürfe kein Unterpfand bestellen in zwei Fällen, nämlich 1. auf Gütern, welche zur Ortsmarkung nicht gehören (hiernach wäre also derjenige Gemeinderath, zu dessen Gemeinde das auf fremder Markung liegende Gut steuerbar ist, nicht zuständig, weil das Gut nicht zu seiner Ortsmarkung gehört), 2. auf Gütern, welche im Gemeindeverbande (d. h. nach Bolleys Ansicht: im Steuerverbande) des Orts nicht begriffen sind (hiernach wäre der Gemeinderath des Orts, in dessen Markung das Gut liegt, wenn es zu einer anderen Gemeinde steuert, ebenfalls nicht zuständig). Oder soll die Stelle sagen: „welche nicht zur Ortsmarkung gehören, wenn sie nicht im Gemeindeverbande stehen?" Allein dann müßte sie ganz anders gefaßt seyn. Ueberhaupt, was soll, wenn man Bolleys Ansicht zu Grunde legt, die Erwähnung der Markung? Diese ist ganz bedeutungslos, wenn es, wie es nach Bolleys Ansicht der Fall wäre, lediglich auf den Steuerverband ankommen würde.

steuern, in anderen Rechtssachen, in streitigen z. B. in Untergangssachen, und in rechtspolizeilichen z. B. bei Insinuation von Verträgen ꝛc., wäre der Gemeinderath der Gemeinde, in deren Markung sie liegen, zuständig. Oder will man, wie es das Justizministerium zu thun scheint, annehmen, daß der Gemeinderath, welcher für die Verpfändung competent ist, es auch für Insinuation der Verträge sey? — Allein dadurch würde die auffallende Trennung doch nicht gehoben. Bei einem und demselben Grundstück wären doch immer noch in den rechtlichen Verhältnissen zwei verschiedene Gemeinderäthe competent, bei Verpfändungen und gerichtlichen Auflassungen der Gemeinderath des Steuerverbands, bei andern rechtspolizeilichen Verhältnissen und bei streitigen Rechtssachen der Gemeinderath des Markungsverbands. Selbst die Competenz des Oberamtsgerichts könnte hiernach bei manchen Grundstücken auf gleiche Weise gespalten werden. Ist dieß wohl von unsren Gesetzen beabsichtigt? Auch würde in Beziehung auf die Güterbücher, welche die Grundlage bei den Verpfändungen bilden und überhaupt für dieselben eine so wichtige Bedeutung haben, die Frage entstehen, welches Güterbuch dann für Verpfändungen und für andere dingliche Rechte in Beziehung auf ein solches Gut die von der Pfandgesetzgebung ihm beigelegte Bedeutung haben soll, ob das Güterbuch der Gemeinde, zu welcher das Gut steuert, oder das der Gemeinde, in deren Markung das Gut liegt. Jedenfalls ist nach der Verfügung vom 3. December 1832, nach welcher das Gemeindegüterbuch auf alle in der Gemeindemarkung liegende Güter, soweit sie nicht exemte in dem oben angegebenen Sinne sind, sich zu erstrecken hat (§ 11, 14 der angef. Verfügung), auch ein solches zu einer fremden Gemeinde steuerbares Gut ganz ebenso aufzunehmen, wie die anderen Güter der Markung (wie namentlich aus dem § 17 jener Verfügung hervorgeht) [14]. Sollen nun die Einträge in dieses Güterbuch ganz

---

14) Die Verfügung v. 3. Dec. 1832 § 14 spricht zwar von Grundstücken „der Gemeindemarkung und des Steuerverbands," welche in das Buch einzutragen sind. Dieß bedeutet aber nicht, daß blos solche Grundstücke der Markung, welche zugleich im Steuerverband der Markungsgemeinde stehen, einzutragen

bedeutungslos für die Verpfändung eines solchen Gutes seyn und für das eingetragene Recht die durch das Gesetz solchen Einträgen beigelegte Wirkung der Sicherung des Rechts nicht haben? oder soll die Pfandbehörde, zu deren Gemeinde das Gut steuerbar ist, das Güterbuch der anderen Gemeinde, in deren Markung das Gut liegt, zur Grundlage seines Erkenntnisses machen? Offenbar geht das Pfandgesetz Art. 56 f. davon aus, daß die Pfandbehörde, welche über ein Unterpfand erkennt, nur an das Güterbuch gewiesen ist, welches bei ihrer Gemeinde geführt wird, und daß nur der Gemeinderath zu einer Verpfändung zuständig ist, bei welchem die Contracte über das betreffende Gut zu insinuiren sind (Pfandges. Art. 60, 68). Dieß ist aber nach den früheren Gesetzen nur der Gemeinderath der Markung.

Wie soll es ferner bei Gütern gehalten werden, welche zu einer ausländischen Gemeinde steuerbar sind? Hier kann doch in der That kein Zweifel seyn, daß zu deren Verpfändung blos der Gemeinderath des Württembergischen Orts, in dessen Markung sie liegen, zuständig ist. So müßte man daher jedenfalls von dem Grundsatze, daß ein Gut, das zu einer fremden Gemeinde steuert, nur bei dieser Gemeinde verpfändet werden könne, eine Ausnahme machen. Aber wie will man diese Ausnahme machen, wenn man die Bolley'sche Ansicht annimmt, da das Pfandgesetz von einer solchen Ausnahme nicht spricht? Schon aus diesem Falle dürfte hervorgehen, daß unter dem „Gemeindeverband" im Pfandgesetze nicht wohl der Steuerverband verstanden seyn kann. Denn wird man wohl behaupten wollen, daß solche zu unsrem Lande gehörige Güter in einem auswärtigen, daß sie nicht in einem inländischen Gemeindeverbande stehen? Wenn man aber dieses nicht behaupten will: so müßte man das Wort

---

seyen, sondern nur, daß auch die Güter, welche nicht zur Markung, aber zum Steuerverband gehören, einzutragen seyen, weil ja das Güterbuch auch noch die Grundlage des Steuersatzes ist (die angef. Verfügung § 17, 50, 66). Aber die letzteren Grundstücke sind blos so weit einzutragen, als die Steuerumlage es nöthig macht, und deßhalb kann diesem Eintrag die besondere privatrechtliche Bedeutung, welche die Güterbuchseinträge haben, nicht zukommen. Ueber die Berücksichtigung des Steuerverbands in den Primärkatastern s. die Instruct. v. 28. Jul. 1830 § 30—40 in Reyscher's Gesetzsammlung XVII S. 1712 f.

„Gemeindeverband" im Pfandgesetze in einem doppelten Sinne nehmen, für Steuerverband, sofern das Gut zu einer benachbarten Württ. Gemeinde steuert, für Markungsverband, sofern das Gut zu einer ausländischen Gemeinde steuert, aber in der Markung einer Württ. Gemeinde liegt. So aber kann man doch in der That nicht auslegen.

Bei solchen Zweifeln ist man doch wohl darauf gewiesen, den Ausdruck „Gemeindeverband" in den Artt. 138 und 158 des Pfandgesetzes in dem Sinne zu nehmen, den frühere Gesetze mit diesem Worte verbinden, und dieser ist (s. namentlich das Verwalt.Edict § 3) der, daß es den Markungsverband bedeutet.

Aber abgesehen von diesen Gründen, welche ich nur als Zweifelsgründe geltend machen möchte, scheint mir der Art. 139 des Pfandgesetzes für die Frage völlig entscheidend zu seyn. Der Entwurf des Pfandgesetzes hatte nämlich, wie oben bemerkt wurde, bestimmt, daß die Zuständigkeit zur Verpfändung sich lediglich nach den Markungsgrenzen bestimmen soll. Hiermit ganz übereinstimmend schreibt er dann weiter im § 103 vor, daß, wenn die zu verpfändenden Güterstücke in verschiedenen Markungen liegen, über die Verpfändung der in jeder Markung befindlichen Güter von der Behörde der gelegenen Sache abgesondert zu erkennen sey. Dieser § ging ungeändert in das Pfandgesetz Art. 139 über. Offenbar sagt aber Derselbe ganz entschieden, daß es bei der Zuständigkeit lediglich auf die Markungsgrenzen ankomme. Würde man daher den Art. 138 nicht auf die Markungsgrenze, sondern auf die Steuergrenze beziehen und von dieser die Zuständigkeit abhängig machen wollen: so würden die beiden Artikel in einem entschiedenen Widerspruche zu einander stehen. In einem solchen Falle aber müssen wir das Gesetz nehmen, wie es sich seinen Worten nach ausdrückt, wenn dadurch der Widerspruch gehoben wird. Der Art. 138 spricht vom Gemeindeverbande, der Art. 139 bezieht diesen Ausdruck lediglich auf die Markungsgrenzen, und so können wir den Gemeindeverband des Art. 138 auch nur auf die Markungsgrenzen beziehen. Hätte die Ständeversammlung auch je mit dem Art. 138 einen anderen Sinn verbinden wollen: so gab sie diesen sofort durch die Annahme des Art. 139 auf, und so

muß hiernach die Aenderung, die sie am Entwurfe im Art. 138 beschloß, als eine bloße Fassungsänderung behandelt werden, wie dieß auch die Regierung in ihrem Rescripte erklärte, wenn man nicht dem Gesetze, so wie es vorliegt, einen inneren Widerspruch aufbürden will.

Hiernach glaube ich,

1. daß zur Verpfändung von Gütern, welche in der Markung der einen Gemeinde liegen, aber zu einer anderen Gemeinde steuerbar sind, nicht der Gemeinderath der letzteren, sondern blos der Gemeinderath der ersteren Gemeinde zuständig ist und daß eine Verpfändung, welche dieser Gemeinderath in Beziehung auf ein solches Gut vornimmt, keineswegs nichtig, sondern allein gültig ist;

2. daß für Einträge Vormerkungen und Wahrungen in Beziehung auf Grundstücke blos die Gerichtsbücher (Güterbuch, Pfandbuch, Vertragsbuch) derjenigen Gemeinde maaßgebend und von rechtlicher Wirkung sind, in deren Markung das betreffende Gut liegt, nicht aber die Gerichtsbücher der Gemeinde, zu welcher das Gut steuert.

Erörterungen

aus dem

Römischen, Deutschen

und

Württembergischen

Privatrechte.

Von

Dr. Carl Georg Wächter

Kanzler der Universität Tübingen ꝛc.

Drittes Heft.

Stuttgart.

Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung.

1846.

Ausschusses angenommen worden: so würde dadurch bei dem Sinne, den er mit „Gemeindeverband" verknüpfte, von dem Grundsatze, daß die Gerichtsbarkeit des Gemeinderaths namentlich in Pfandsachen sich über seine ganze Markung, blos mit Ausnahme der exemten Güter, erstrecke, durchaus keine Abweichung begründet worden seyn.

Allein die ständische Commission, welche später der Kammer noch einen Bericht über den Entwurf zu erstatten hatte (Mein Handb. 1 S. 974) nahm die Sache leider in einem ganz anderen Sinne. Auch sie trug, wie der Ausschuß, darauf an, statt „Gemeindemarkung" zu setzen „Gemeindeverband"; allein sie trug auf diese Aenderung aus einem ganz besonderen Grunde an, indem sie sagt: „Der Grund davon liegt darin, weil wir „in Folge der Steuerinstruction von 1713 Satz 5 im alten „Lande [6] viele Güter finden, welche zwar geographisch, nach den „Markungssteinen, zu der Markung der einen Gemeinde, aber „im rechtlichen Sinne zu der Markung einer ganz anderen „gehören d. h. welche in einem ganz anderen Gemeindeverbande „stehen, eine Anomalie, die freilich bei der definitiven Steuerrectification nicht weiter geduldet werden sollte" [7]. Sie nahm somit den Ausdruck Gemeindeverband nicht in dem Sinn von Umschlossenseyn durch dieselbe Markung, sondern im Sinn von Steuerverband.

Dieser Steuerverband ist allerdings eine sehr wichtige und fühlbare Beziehung des Gemeindeverbands; allein sie ist doch nur eine Seite desselben und es war gewiß zu weit gegangen, wenn die Commission diesen Steuerverband lediglich übersetzte mit Gemeindeverband, wenn sie gar hier von einer „Markung im rechtlichen Sinne" spricht, ein Begriff, der in dieser Weise unsren Quellen wie unsrem Leben eigentlich etwas ganz Fremdes ist, und wenn sie dem Worte Gemeindeverband einen ganz anderen Sinn beilegt, als ihm die bestehenden Gesetze, z. B. das Verwaltungsedict v. 1822, beilegen. Noch anomaler wird

---

6) Daß nicht blos in Altwürttemberg dieß der Fall war, wie die Commission glaubte, darüber s. Not. 2.

7) Die angeff. Verhandlungen a. a. O. S. 273.

II. Der regelmäßig entscheidende Prozeßabschnitt nach dem heutigen Rechte. Insbesondere von der Litis Contestation des Canonischen, Deutschen und Württ. Rechts im Verhältnisse zur Justinianischen. S. 70—88.

III. Die einzelnen Wirkungen der Prozeßeinleitung auf das materielle Recht:

1. Wirkungen der Mittheilung der Klage an den Beklagten (Ladungsdecret) S. 89—110.

2. Wirkungen der Einlassung auf die Klage (Litis Contestation). S. 110—120.

IV. Welcher Prozeßabschnitt entscheidet über die Begründung und Statthaftigkeit der Klage. S. 120—134.

Vierzehnte Erörterung. Ueber die Wirkungen eines mit Unrecht freisprechenden Urtheils. . . . . S. 135—155

Zur Lehre von den Wirkungen des Prozesses auf das materielle Recht.

Bekanntlich ist ein anhängig gewordener Prozeß nicht ohne Einfluß auf das materielle Recht selbst, welches den Gegenstand des Prozesses bildet. Ueber diese Einflüsse aber, über ihre Natur und Ausdehnung, über die Abschnitte des Prozesses, an welche sie sich knüpfen, über die Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen des Röm. Rechts und über die Weise wie sie mit unsrem Prozesse zu verbinden sind ꝛc., herrscht vieles Schwanken und große Verschiedenheit der Ansichten. Auch enthalten die bei uns geltenden Röm. Rechtsquellen hier noch manche Grundsätze, welche durch die Form, in der sie ausgesprochen sind, als blos historische einem früheren nicht mehr bestehenden Rechte angehörige nicht bezeichnet sind, aber doch entschieden im späteren Röm. Recht mittelbar oder unmittelbar aufgehoben oder modificirt wurden, bei denen man also eben jener Form wegen sehr leicht (wie auch manche Erfahrungen bei Theoretikern und Praktikern aus älterer und neuerer Zeit beweisen) dem Irrthum ausgesetzt wird, sie als noch praktisches Recht zu behandeln. Dieß dürfte eine neuen Behandlung dieser Fragen, hauptsächlich aus den Gesichtspunkten, welche in der Vorrede zum ersten Hefte dieser Erörterungen herausgehoben sind, rechtfertigen.

Zwölfte Erörterung.

Die Consumtion und Novation eines Rechtsverhältnisses durch die Litis Contestation und das richterliche Urtheil.

Es ist ein natürlicher Grundsatz, daß, wenn es einmal zum Prozesse zwischen zwei Parthieen kommt, die Sache ihre endliche Feststellung durch den richterlichen Ausspruch erhalten soll und man dasselbe Rechtsverhältniß nur einmal[2] zur gerichtlichen Entscheidung bringen kann, daß ferner, wenn einmal der Streitpunkt zwischen den Parthieen vor Gericht gehörig festgestellt ist, diese Feststellung die Grundlage für den zu führenden Prozeß bilden muß. Diesen natürlichen Grundsätzen kann aber leicht durch eine gar zu formelle Auffassung eine zu weit gehende Bedeutung gegeben werden. Es liegt bei ihnen, wenn man sich, wie dieß beim älteren Röm. Rechte der Fall war, von einem strengen Formalismus leiten läßt, nahe, die Sache so aufzufassen, als ob mit Feststellung des Streitpunktes und Rechtsstreites nun das Rechtsverhältniß in der Weise, wie es dadurch zur

---

1) Auch über diese Institute wissen wir erst seit der Auffindung der Institutionen von Gajus Genaueres und Zuverläßiges Gajus III § 180, 181 IV § 103—109. Zu vergl. ist über das ältere Röm. Recht besonders die ausgezeichnete Ausführung von Keller Ueber Litis Contestation ꝛc. § 8—14 und für das spätere Recht Francke im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXIII S. 415—427.

2) D. h. wenn mehrere Instanzen zuläßig sind, in der Durchführung durch alle diese Instanzen.

Entscheidung des Richters gestellt wurde, gleichsam ganz an die Stelle der Klage und des ursprünglichen Verhältnisses, aus welchem geklagt wurde, trete und daß, wenn der Richter sein Urtheil ausspreche, nunmehr dieses Urtheil durchaus die Stelle des durch die Prozeßeinleitung Festgestellten, somit mittelbar auch die Stelle des ursprünglichen Rechtsverhältnisses vertrete. Wirklich faßte auch das ältere Römische Recht die Sache in dieser Art um so mehr auf, als der Prozeß, wenn es zur Beurtheilung des Beklagten kam, im älteren Röm. Recht in der Regel dazu führte, dem Beklagten nicht den Gegenstand des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, sondern einen ganz anderen zuzuerkennen (H. II S. 15).

I.

Die prozessualische Consumtion des älteren Röm. Rechts und ihre praktischen Folgen.

Eine Klage, über welche es zur Litis Contestation (H. II S. 6) kam, welche also dadurch in judicium deducirt (vor dem Judex gebracht) und Gegenstand eines anhängigen Prozesses wurde, galt zur Zeit des Formularprozesses (H. II S. 6) dann, wenn in einem legitimum judicium (d. h. in Rom zwischen Bürgern vor einem Judex)[3] über eine personalis actio in jus concepta gestritten wurde, mit dem Rechtsverhältnisse, auf welche sie sich gründete, durch die Litis Contestation ipso jure für aufgehoben oder konsumirt, so daß sie in keiner Weise mehr angestellt und das betreffende Rechtsverhältniß in keinem anderen Prozesse mehr geltend gemacht werden konnte (wir nennen dieß mit und seit Keller die directe prozessualische Consumtion). An die Stelle des aufgehobenen Rechtsverhältnisses wurde nun durch die Litis Contestation (gleichsam als ob die Par-

3) Alle andere judicia heißen imperio continentia. Zu diesen gehörten somit, wie Gajus sagt: a) judicia recuperatoria, b) judicia quae sub uno judice accipiuntur interveniente peregrina persona judicis aut litigatoris, c) judicia, quae extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Rom quam inter peregrinos accipiuntur. Gajus IV, 103—105. Vergl. auch Keller a. a. O. § 12 v. d. Pfordten im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXIV S. 143 f.

theilen durch einen Kontrakt sich verpflichtet hätten, die Sache so, wie sie durch die Litis Contestation fixirt wurde, lediglich vom eingeleiteten Judicium abhängig zu machen,)[4] zwischen den Partheien eine neue bedingte Obligation gesetzt, welche auf Unterwerfung unter das zu erwartende Urtheil ging und zwar unter ein Urtheil, das, wenn es condemnatorisch war, stets auf eine Geldsumme lauten mußten (H. II S. 15), also in der Regel auf einen ganz anderen Gegenstand, als den des Rechtsverhältnisses, aus welchem geklagt wurde (tollitur obligatio principalis, incipit autem teneri reus litis contestatione)[5]. Hatte daher z. B. der Kläger auf ein dare facere oportere debitorem geklagt und kam es zur Litis Contestation: so konnte er hinterher nicht wieder die alte Obligation geltend machen, nicht eine Klage auf dare fac. oportere anstellen, quia litis contestatione dari fieri oportere desiit und es sich nur noch von einem condemnari oportere handelte („hoc est, quod apud Veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere. Gajus III, 180). Blos dieses condemnari oportere konnte nun der Kläger verfolgen und zwar nur in dem schon begonnenen Prozesse. Er mußte die Sache, wie sie durch die Litis Contestation festgestellt war, fortsetzen und durchzuführen suchen, und konnte das Rechtsverhältniß auf eine andere Weise gar nicht mehr geltend machen. So enthielt daher in solchen Fällen die Litis Contestation eine wahre Novation der alten Obligation (d. h. eine Aufhebung derselben und Umwandlung in eine neue), worauf auch noch einzelne Stellen in Justinians Pandecten hindeuten[6].

---

4) Darauf deuten auch hin D. XV, 1 de pecul. *l.* 3 § 11 XXVII. 3 de tut. et rat. distr. *l.* 22. Vergl. auch Keller a. a. O. S. 127 f.

5) Gajus III, 180. IV, 107. Ueber das Recht vor den Zeiten des Formularprozesses s. Gajus IV, 180.

6) D. XLVI, 2 d. novat. *l.* 29 *l.* 11 § 1. Vergl. auch Keller a. a. O. S. 90 und Fragmenta Vaticana § 263. Ueber die *l.* 11 cit. vergl. auch Mühlenbruch Lehre von der Cession ꝛc. 3 Ausg. S. 35 Not. 64. Unsre Doctrin nennt diese Novation gewöhnlich novatio necessaria. Was aber die älteren Schriftsteller vor Auffindung der Institutionen von Gajus über eine

Bei allen anderen Klagen, als den vorhin genannten, also, wenn in einem legitimum judicium zwar eine persönliche aber in factum concipirte (H. II S. 36) Klage oder eine in rem actio angestellt wurde und bei allen judicia imperio continentia (Not. 3) trat zwar im Wesentlichen Dasselbe ein, aber nicht auf einem so directem Wege. Auch hier nehmlich begründete die litis Contestation ein neues Band unter den Parthieen, das nun allein die Grundlage für das betreffende Rechtsverhältniß wurde, so daß auch hier das alte Verhältniß als Solches nicht mehr anderweit sollte geltend gemacht werden können. Allein die Consumtion des alten Rechtsverhältnisses trat hier nicht ipso jure, sondern blos indirect, durch eine exceptio, ein. Die alte in judicium deducirte Klage und das Rechtsverhältniß, auf das sie sich gründete, konnte hier nach strengem Rechte immer noch in einem neuen Prozesse geltend gemacht werden; aber der Beklagte konnte dann die Klage durch eine exceptio rei in judicium deductae und, wenn es zum Urtheil gekommen war, ohne alle Rücksicht auf die Art des Inhalts des Urtheils durch eine exceptio rei judicatae abweisen und zerstören, so daß auch hier die Wirkung indirect ganz dieselbe war (seit Keller s.g. indirecte Consumtion), wie im ersten Fall [7].

Diese negative Wirkung der Litis Contestation trat stets völlig selbstständig und unabhängig vom künftigen richterlichen Urtheile ein; sie trat ein, mochte es auch zum Urtheile gar nicht kommen, oder mochte, wenn es zum Urtheile kam, der Inhalt desselben lauten, wie er wollte; das alte obligatorische Verhältniß [8] blieb

---

durch den Prozeß erfolgende Novation, namentlich in Rücksicht auf die eben angeff. Pandectenstellen, sagen, ist großentheils unzutreffend, weil wir erst durch Gajus über die Sache gehörigen Aufschluß erhalten haben.

7) Gajus III § 181 IV § 106. 107 Keller a. a. O. § 8—12 § 14.

8) Diese durch den Prozeß eintretende Consumtion und Novation ergriff nicht blos die Klage für sich, als einen Bestandtheil des in judicium deducirten Rechts, blos das Moment der Klagbarkeit, sondern sie ergriff das materielle Recht selbst, aber nur soweit es als ein persönliches in judicium deducirt wurde. Bei Obligationen wurde daher die ganze mit dem in judicium deducirten Anspruche identische Obligation selbst consumirt (obligatio dissolvitur; Gajus III 180), so daß sie gegen keinen dabei Betheiligten mehr geltend gemacht werden konnte (auch nicht gegen correos, wenn sie auch am Prozesse nicht

nun einmal durch die Litis Contestation direct oder indirect consumirt. Nur konnte freilich durch das richterliche Urtheil noch etwas Positives hinzukommen. Wurde nämlich der Beklagte auf die angebrachte Klage vom Richter condemnirt: so trat nun das auf Geld lautende condemnatorische Urtheil an die Stelle der durch Litis Contestation begründeten Obligation oder vielmehr purificirte dieselbe, weil nunmehr ihre Bedingung eingetreten war; es entstand nun die obligatio, judicatum facere oportere, die mit der judicati actio geltend gemacht werden konnte (sublata litis contestatione incipit reus ex causa judicati teneri Gajus III, 180).

Aber auch ganz abgesehen von diesem positiven Inhalte des Urtheils konnte das in judicium deducirte Rechtsverhältniß in keiner Weise mehr geltend gemacht werden, weil es schon durch die Litis Contestation perimirt war und durch das Urtheil nicht wieder hergestellt wurde. Wurde der Beklagte freigesprochen, weil die Klage nicht begründet war oder durch Einreden zerstört werden konnte: so war nun eben dadurch ausgedrückt, daß ein Recht des Klägers gegen den Beklagten, eine Verpflich-

---

theilnahmen). Bei einer angestellten rei vindicatio dagegen wurde durch die Litis Contestation natürlich nicht das Eigenthum des Klägers consumirt, sondern nur der Anspruch des Klägers, den er aus dem vorliegenden persönlichen durch den Besitz ꝛc. des Beklagten begründeten Verhältnisse gegen den Beklagten auf Herausgabe der Sache mit Früchten ꝛc. beziehungsweise Ersatz derselben ꝛc. hat; dieses ganze materielle persönliche Rechtsverhältniß nach allen seinen Beziehungen wurde consumirt, so daß es künftig nicht mehr gegen den Beklagten und seine Rechtsnachfolger geltend gemacht werden konnte; sein dingliches Recht an sich aber behielt der Kläger, so weit es ihm überall zustand; er konnte daher gegen einen dritten Besitzer der Sache, der nicht Rechtsnachfolger des Beklagten war, wohl mit der rei vind. auftreten, ohne daran durch jene Consumtion gehindert zu seyn. Vergl auch Keller a. a. O. § 33 S. 241 f., 251 f. (nur daß Keller doch auch dem Ausdrucke nach noch zu sehr die Consumtion auf das Klagerecht bezieht). Deßhalb ist auch der Ausdruck Klagen-Consumtion für jene Consumtion nicht genau. Daß manche Quellenstellen, welche noch diese Consumtion berühren, von actio tollitur, consumta est u. dgl. sprechen, ist nicht entgegen, wenn man erwägt, daß die Quellen bei persönlichen Rechtsverhältnissen den Ausdruck actio ganz gewöhnlich für das ganze Recht, welches eingeklagt werden kann, gebrauchen (gleichbedeutend mit obligatio). S. Belege hiefür bei Mühlenbruch Lehre von der Cession § 2 Büchel Ueb. d. Wirkung der Klagenverj. Marb. 1832 S. 34 f. Vergl. auch unten bei Not. 36 f.

nung des Beklagten nicht anzuerkennen und anzunehmen sey, und der Beklagte konnte von diesem positiven Inhalt des Urtheils den entsprechenden Gebrauch machen. Aber auch hier wieder konnte, völlig unabhängig von dem Inhalt des Urtheils, jedenfalls der alte klägerische Anspruch, welcher in judicium deducirt war, nicht mehr geltend gemacht werden; denn er war ja schon durch die Litis Contestation consumirt und das Urtheil beließ es in dieser Hinsicht ganz bei der eingetretenen Consumtion, welche lediglich von der Litis Contestation abhängend, nun nur dem Ausdrucke nach an das Urtheil als an den letzten Moment des Prozesses geknüpft wurde. Bei der directen Consumtion war und blieb der Beklagte nun ipso jure frei von allen Ansprüchen; hätte je eine Obligatio des Beklagten existirt: so war sie ja schon die Litis Contestation ipso jure consumirt und blieb dieß nun, da das Urtheil hieran nichts änderte; denn das bedingte condemnari oportere, das durch die Litis Cont. begründet wurde, fiel durch das absolutorische Urtheil zusammen, und es verblieb somit eben einfach bei der schon durch die Litis Contestation eingetretenen Consumtion des in judicium deducirten Rechtsverhältnisses[9]. Bei der indirecten Consumtion blieb es ebenfalls in dem Verhältnisse, in das die Sache durch die Litis Contestation gesetzt war; wie nach der Litis Contestation die Consumtion des klägerischen Anspruchs durch die exceptio rei in judicium deductae durchgeführt wurde, so konnte man sich nun, wenn das Urtheil gesprochen war, um die consumirende Wirkung der Litis Contestation geltendzumachen, der exceptio rei judicatae bedienen, die aber in dieser negativen Beziehung lediglich blos die exceptio rei in judicium deductae vertrat und eigentlich nur ein anderer

9) Gajus IV, 107. Um diese Consumtion geltend zu machen bedurfte es keiner formellen Exception, weil die directe Consumtion ipso jure wirkte. Wenn z. B. der freigesprochene Beklagte, welcher später von seinem Gegner wieder mit derselben Klage belangt wurde, sich darauf berief, daß ja diese Klage durch den früheren Prozeß consumirt sey: so war dieses Anführen nicht als Exception zu behandeln; denn es war eine Verneinung der Intentio des Klägers, der Existenz des Rechts an sich, das der Kläger in Anspruch nahm, eben weil dieses Recht längst ipso jure vernichtet war. Gajus III 181 IV, 107 und oben H. II S. 49 Not. 8 b und die folg. Note.

Ausdruck für diese war. Es waren aber hier diese Exceptionen nöthig, weil bei der indirecten Consumtion das alte Rechtsverhältniß nicht ipso jure aufgehoben wurde, sondern nach strengem Rechte noch fortbestand [10].

Hiernach konnten im richterlichen Urtheile nach dem älteren Röm. Rechte zwei von einander unabhängige selbstständige durch ganz verschiedene Momente bestimmte Wirkungen liegen, die durch seinen positiven Inhalt bestimmte Wirkung, und außerdem noch eine negative consumirende schon durch die Litis Contestation bestimmte Wirkung, oder wie Keller es nennt die positive und die negative Function [11], eine Doppelbeziehung über die man freilich erst seit der Auffindung von Gajus Näheres weiß, und welche namentlich Keller in seinem angeführten Werke auf eine ausgezeichnete Weise in ihren einzelnen Wirkungen entwickelt.

Der positive Inhalt des Urtheils nämlich bildet formelles affirmatives Recht unter den Parthieen; von jeder Parthie kann dieser Inhalt in ihrem Interesse für sich geltend gemacht werden, z. B. durch die judicati actio vom Kläger, durch Einreden sowohl von Seiten des Klägers als des Beklagten, durch Repliken, Dupliken. Diese Seite des Urtheils gehört durchaus unsrem praktischen Rechte an (s. unten Abschnitt III).

---

10) Die except. rei in judicium deductae und rei judicatae bezog sich daher nur auf die Fälle der indirecten, gar nicht auf die Fälle der direkten Consumtion. Gajus *l.* c. Vergl. auch Keller a. a. O. §. 30, 31. Wenn Justinian in J. IV, 13 de except. § 5 ganz allgemein sagt: si judicio tecum actum fuerit, sive in rem sive in personam, nihilominus obligatio durat, et ideo ipso jure postea de eadem re adversus te agi potest; sed debes per exceptionem rei judicatae adjuvari: so erklärt sich dieß vom Standpunkte des späteren Röm. Rechts aus. Vergl. unten Abschn. III. Uebrigens ist das obligatio durat in dieser Stelle (wie derselbe Ausdruck bei Gajus III, 181) nicht, wie es Schrader Institut. ad § 5 cit. zu thun scheint, auf die durch die Lit. Cont. begründete obligatio condemnari oportere zu beziehen, sondern auf das alte ursprüngliche Rechtsverhältniß selbst, aus welchem geklagt worden war. Daß dieses auch bei actt. in rem durch obligatio bezeichnet wird, macht keine Schwierigkeit. Denn so kann man wohl das Verhältniß des Besitzers nennen, welcher wirklich mit einer dinglichen Klage belangt werden kann. Vergl. Not. 8 und mein Handbuch Bd. II § 46 Nr. 6.

11) Keller § 28 (besonders S. 223), § 29. 33.

Das Urtheil hatte aber im älteren Röm. Rechte auch eine von der Art seines Inhaltes völlig unabhängige negative Wirkung, welche jedoch, was wohl zu beachten ist, aber häufig nicht gehörig beachtet wird, nicht sowohl an und für sich im Urtheile, sondern in der ihm vorhergegangenen Litis Contestation lag und nur von dieser, wenn es zum Urtheile kam, auf das Letztere der Form und dem Ausdrucke nach übertragen wurde. Das alte vom Kläger in judicium deducirte Rechtsverhältniß war, wie ausgeführt wurde, durch die Litis Contestation jedenfalls bald direct bald indirect consumirt; von einer Wiederherstellung desselben konnte nicht weiter die Rede seyn (sondern nur davon, ob nicht durch das Urtheil ein neues positives, eine Geldobligation an seine Stelle trete); kam es somit zum Urtheil: so blieb das alte Rechtsverhältniß, was auch der Inhalt des Urtheils seyn mochte, consumirt, und wenn diese negative Wirkung der Litis Contestation auch dem Ausdrucke nach an das Urtheil geknüpft wurde (wie bei der exceptio rei judicatae): so war dieß doch nur das Aussprechen einer schon durch die Lit. Cont. begründeten und durch das Urtheil nicht aufgehobenen Wirkung. Eben dieser Wirkung der Lit. Cont. wegen konnte, wie auch das Urtheil lauten mochte, von einer neuen wirksamen Geltendmachung des alten Rechtsverhältnisses durch die alte Klage gegen den alten Beklagten und sofern sie sich auf eine Obligation stützte, an der auch Andere Theil nahmen, auch gegen diese gar nicht mehr die Rede seyn [11a],

---

11 a) Außer dann und in soweit, wenn und in wie weit der Beklagte mit der exceptio rei judicatae die negative consumirende Wirkung der Lit. Cont. und des Urtheils geltend zu machen versuchen würde, um dadurch den gegen ihn lautenden positiven Inhalt des Urtheils zu zerstören. Hier kann dann der Kläger durch Berufung auf den für ihn lautenden positiven Inhalt des Urtheils, also durch eine replica de re secundam se judicata, jene exceptio elidiren. Von solchen Fällen sprechen die viel bestrittenen l. 9 § 1 D. XLIV, 2 de exc. rei jud. und l. 16 § 5 XX, 1. de pign. (vergl. auch l. 16 de exc. rei jud.). Ueber die Auslegungen dieser Stellen vergl. Keller § 70—72 und den dort angef. Ribbentrop (nur daß Dieß dabei von der unzulässigen Annahme ausgehen, das arbitrium de restituendo sey schon in den Zeiten des classischen Röm. Rechts exequirbar gewesen; vgl. H. II S. 19), namentlich aber über

ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger ganz oder nur theilweise oder gar nicht abgewiesen wurde, aus welchen Gründen er abgewiesen wurde, z. B. wenn er blos wegen dilatorischer Einreden u. dergl. abgewiesen worden ist.

Die praktischen Folgen dieser negativen Wirkung der Lit. Cont. und folgeweise des Urtheils, oder des Grundsatzes, daß ein Rechtsverhältniß, wie es in judicium deducirt worden ist, durch die Lit. Cont. consumirt wird und auch bei erfolgendem richterlichem Urtheil ohne alle Rücksicht auf dessen Inhalt consumirt bleibt, mußten natürlich sehr bedeutend und weitgreifend seyn, und es ist auch für unser heutiges Recht von Wichtigkeit, diese Folgen genauer zu betrachten, weil manche Spuren davon in Justinians Pandekten übergingen und hier die, zum Theil wenigstens, sehr verschieden beantwortete Frage entsteht, ob und wie weit wir etwa diese Spuren noch als praktisches Recht zu behandeln haben. Diese Folgen waren namentlich folgende:

I. War es zur Lit. Cont. über den klägerischen Anspruch gekommen: so konnte der Kläger von seiner Klage, wenn er sie so, wie er sie angebracht hatte, fallen lassen wollte, z. B. weil er sich während des Prozesses überzeugte, daß er nur einen Theil des Anspruchs verfolgen könne oder daß er durch dilatorische Einreden zur Zeit abgewiesen werden könnte u. s. w., später gegen den Beklagten nicht wieder erheben, eben weil die Klage nun einmal consumirt war; der Beklagte konnte jede Erneuerung des Anspruchs mit der exceptio rei in judicium deductae abweisen und in den Fällen der directen Consumtion bedurfte es nicht einmal einer solchen Einrede [12]. Hiernach verstand es sich von selbst, daß,

---

l. 9, § 1 cit. die noch befriedigendere Auslegung von Bethmann-Hollweg in der Tübinger krit. Zeitschr. f. R.W. V. S. 93, 94.

12) Not. 9. S. auch Francke im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXIII S. 417. Zu beachten ist aber hierbei: a) wenn der Kläger zu einer Zeit klagte, in welcher das in Anspruch genommene Recht ihm wirklich gar nicht zustand, und deßhalb abgewiesen wurde oder die Klage fallen ließ, er aber später das Recht erwarb: so stand der Verfolgung des neu erworbenen Rechts aus diesem späteren Erwerbungsgrunde natürlich eine prozessualische Consumition nicht entgegen; denn im früheren Prozesse konnte kein Recht des Klägers consumirt werden, da Keines existirte, und jedenfalls konnte das später erworbene nicht consumirt werden, da es zur Zeit des früheren Prozesses noch gar nicht vorhanden

II. wenn der Kläger auch wegen einer bloßen verzögerlichen Einrede abgewiesen wurde, z. B. weil seine Forderung noch nicht fällig war, er später, wenn auch der Grund der Einrede sich gehoben hatte, doch die Klage nicht wieder anstellen konnte; denn sein ganzes Recht war durch die deductio in judicium consumirt und jede neue Anstellung der Klage konnte durch die exceptio rei judicatae (die hier wieder nur eine andere Form der exceptio rei in judicium deductae war) auf immer abgewiesen werden [12], oder, wie Justinian in J. IV, 13 § 10 erzählt (indem er Das, was Gajus sagt, von seinem Standpunkte aus auf früheres Recht setzt): si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio: neque eo judicio quidquam consequebantur, propter exceptionem; neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant et consumebant: qua ratione rem amittebant. Die verzögerlichen Einreden hatten daher in jener Zeit gar nicht die Bedeutung, die sie in unsrem Rechte haben (daß, wenn der

war. D. XLIV, 2 de exc. rei jud. *l.* 25 XXI, 1 de aed. ed. *l.* 43 § 9 Keller S. 292—295. Ueberhaupt steht eine prozessualische Consumtion (so wenig als ein rechtskräftiges Urtheil) dem abgewiesenen Kläger nicht entgegen, wenn er denselben Anspruch aus einem neuen, erst später eingetretenen Entstehungsgrunde verfolgen will, D. de exc. rei jud. *l.* 11 § 4 a. E. *l.* 21 § 3. X, 4 ad exhib. *l.* 12 § 2. b) Wurde bei einer Klage, welche gegen den Besitzer als Solchen geht, der Kläger blos deshalb abgewiesen, weil der Beklagte zur Zeit der Einleitung des Prozesses nicht besaß oder den Besitz auf eine Weise, für welche er nicht einzustehen hat, verlohr: so kann sie nachher gegen den Beklagten, sobald die Sache in seinen Besitz kommt, doch wieder angestellt werden, ohne daß dem Kläger eine proz. Consumtion oder das frühere abweisende Urtheil entgegenstände. Denn die spätere Besitzerwerbung gilt als nova causa und der Kläger kann daher auf diesen neu eingetretenen Grund hin von Neuem klagen. D. de exc. rei jud. *l.* 17, 18 *l.* 9 pr. XLVI, 8 ratam rem *l.* 8 pr. Vergl. auch Bethmann-Hollweg in der Tübinger krit. Zeitschr. fr. R.W. V. S. 92, 93. Anderer Ansicht ist in Betreff der proz. Consumtion v. Bolley Civilprozeß-Ordnung I S. 487 wegen *l.* 9 § 1 de exc. rei jud. Allein er scheint die vorhin angeff. Stellen übersehen zu haben; die *l.* 9 § 1 aber gehört gar nicht hierher, da sie von einem ganz anderen Falle, von einem Falle, in welchem der Kläger siegte, spricht. Vergl. Not. 11 a.

13) Gajus IV, 123 und J. IV, 13 de except. § 10. Bei der directen Consumtion war diese exceptio nicht einmal nöthig. Not. 9, 10.

Richter sie begründet findet, der Kläger blos zur Zeit abgewiesen wird, bis zur Purification des Umstandes, auf den die Einrede sich stützt), sondern sie waren, wenn es einmal zur Litis Contestation kam, in ihrer Wirkung ganz den peremptorischen gleich; als verzögerliche hatten sie nur die Bedeutung, daß der Berechtigte den Gebrauch seiner Klage verschieben und es, ehe der Grund einer solchen möglichen Einrede gehoben ist, nicht zur Litis Contestation über die Klage kommen lassen soll, die Einrede also eine solche ist, welcher der Berechtigte entgehen kann durch Abwarten, durch Verschieben der Klage, bis jenes Moment gehoben ist, oder dadurch, daß er, wenn der Beklagte die Einrede in jure (vor dem Prätor) vor dem Abschlusse der Lit. Cont. vorbringt, nun seine Klage vorerst zurücknimmt und es nicht zur Lit. Cont. kommen läßt; es waren also diese Einreden im älteren Röm. Rechte nicht Einreden, welche eine schon anhängig gewordene Klage, bei der es zur Litis Contestation gekommen ist, auf eine Zeit blos abwenden; denn kam es so weit: so ward durch die Lit. Cont. das ganze Recht des Klägers consumirt, und fand dann der Judex die Einrede begründet und wies deßhalb den Kläger ab: so konnte nun der Kläger seinen Anspruch, da er nun einmal durch die Lit. Cont. consumirt war, gar nicht mehr einklagen.

III. Aus den Wirkungen der prozeßualischen Consumtion in Verbindung mit der Fassung der Klagformel erklären sich auch ganz von selbst die Wirkungen einer Pluspetition im älteren Röm. Recht. Wenn der Kläger in seiner Intentio [13 a] mehr forderte, als ihm gebührte: so mußte er, weil die Intentio ihrem ganzen Inhalte nach als Bedingung der Condemnation gefaßt

---

13 a) §. II §. 35. Was er blos in der Demonstratio sagte, darauf kam es hierbei nicht an (Gajus IV, 58); dagegen hatte die Demonstratio in einer anderen Beziehung eine besondere Bedeutung für die Consumtion des Rechts s. nachher Nr. V. — Weniger als er zu fordern hatte, konnte der Kläger in der Intentio wohl fordern, ohne das Recht auf den Rest zu verliehren; nur konnte er dann nach dem älteren Röm. Recht den Rest nicht mehr unter demselben Prätor, unter dem er einen Theil eingeklagt hatte, sondern erst unter einem neuen Prätor fordern (Gajus IV § 56. 122), eine Beschränkung aber, welche im späteren Röm. Recht wegfiel. J. IV, 6 de act. § 34.

war (d. h. nach der Formel nur dann condemnirt werden soll, wenn die Intentio ganz so, wie sie vorgebracht wurde, begründet sey) und die Condemnation gerade auf den Werth seiner angebrachten Forderung ging — z. B. si paret fundum Sempronianum et Cornelianum dari oportere (Intention), quanti ea res est, tantam pecuniam condemna — abgewiesen werden, sobald nicht die ganze Forderung sich als begründet zeigte [14]). Er konnte aber nun nicht das Wenigere, welches er wirklich zu fordern hatte, nachher noch besonders einklagen (z. B. im vorigen Falle, wenn er blos den einen Fundus zu fordern hatte, nun diesen einklagen, oder wenn er mit der Klage auf 100 aureos abgewiesen ward, weil der Beklagte ihm blos 90 schuldig war, nun nachher diese 90 fordern). Denn da in dem früher eingeklagten Mehr auch das Weniger enthalten ist, somit auch dieses Weniger im früheren Prozesse in judicium deducirt war; so wurde auch das Recht auf das Letztere in jenem Prozesse durch die Litis Contestation consumirt und es galt hier in Betreff dieses

14) Gajus IV § 53, 68 J. IV, 6 de act. § 33, Keller § 56 bes. S. 500 f. Natürlich konnte diese Folge nicht eintreten bei einer formula incerta injus concepta, also nicht bei einer str. juris actio auf ein incertum und bei einer b. f. actio; denn mit diesen Klagen forderte man in der intentio blos im Allgemeinen, was der Beklagte zu leisten schuldig sey (quidquid eum dare facere oportet), und in einer solchen allgemeinen Forderung kann man nie dem Gegenstande nach zu viel fordern. Gajus IV, 54. Dagegen trat diese Folge ein bei stricti jur. actiones auf ein certum, wenn man das certum zu hoch angab und mehr forderte als geschuldet wurde (H. II S. 72), oder wenn man mit einer formula certa klagte während man mit einer incerta hätte klagen sollen (Gajus IV, 53), ferner bei dinglichen Klagen, die auf eine genau bestimmte Sache gehen (vergl. Gajus IV, 54), und auch bei persönlichen in factum concipirten Klagen (also auch bei b. f. actt., falls sie in factum concipirt wurden, oben H. II S. 37 Not. 8), wenn in ihrer Intentio (H. II S. 37 Not. 7) zu viel als Gegenstand der Forderung angegeben wurde z. B. bei der depositi actio in factum concepta mehrere deponirte Sachen, während nur eine deponirt war. Gajus IV, 60. Keller a. a. O. — Ein solches Verliehren des Prozesses wegen fehlerhafter Fassung der Formel scheint durch causa cadere, formula cadere besonders bezeichnet worden zu seyn Keller S. 502 f. Eine in integrum restitutio gegen Verstöße dieser Art wurde nur aus ganz besonderen Gründen gegeben. J. de act. § 33.

Weniger wieder, was oben bei Note 13 gesagt ist [15]. Aus dem gleichen Grunde konnte ein Kläger, welcher zu viel forderte, aber während des Prozesses dieß einsah, und deßhalb die Klage nach der Lit. Cont. fallen ließ, um nachher den wirklichen geringeren Betrag seiner Forderung einzuklagen, Letzteres nicht mehr thun, weil auch sein Recht auf den geringeren Betrag in judicium deducirt und durch die Lit. Cont. consumirt war.

Das Gleiche galt natürlich, wenn eine einzelne Sache unbeschränkt eingeklagt wurde, während dem Kläger nur ein Theil dieser Sache gehörte; er mußte abgewiesen werden, weil die Bedingung der Condemnation (die intentio auf das Ganze) nicht begründet war, und konnte, wenn er so abgewiesen wurde oder auch wenn er nach der Lit. Cont. den Prozeß freiwillig fallen ließ, nachher nicht mehr den ihm gebührenden Theil einklagen, eben weil in dem früheren Prozesse das Ganze mit allen seinen Theilen als Solchen in judicium deducirt, somit auch die Klage auf die Theile consumirt war [16].

---

15) Vergl. auch J. l. c. Es ist dieß eigentlich derselbe Fall, wie bei der dilatorischen Einrede (Nr. III.), nur daß bei dieser tempore, hier re zu viel gefordert wird.

16) J. de act. § 33 verb. aut si is, cujus ex parte etc. D. XLIV, 2 d. except. rei jud. l. 7 pr. l. 21 § 1 u. 2 l. 30 pr. Keller § 34 S. 261 f. Einzelne §§ der l. 7 cit. scheinen über diese Frage in einzelnen Beziehungen einander zu widersprechen, Widersprüche aber, die den Grundsatz selbst nicht betreffen. So heißt es z. B. in l. 7 pr., Demjenigen, welcher ein Haus vindicirt habe und später einzelne Steine oder Balken aus demselben (wenn das Haus einfiel oder eingerissen wurde) vindiciren wolle, stehe nun die exceptio rei judicatae entgegen, eben weil durch die Vindication des Ganzen das Recht auf alle Theile in judicium deducirt und somit gegenüber vom Beklagten durch die Lit. Cont. consumirt wurde. Allein im § 2 eod. wird ausführlich das Gegentheil deducirt. Diesen Widerspruch hat gewiß auf irgend eine Weise Justinians Commission bei der Compilation dieser Stelle verschuldet; die letztere Entscheidung ist aber ohne Zweifel als die Ansicht Ulpians, von dem die Stelle herrührt, anzunehmen, und sie erklärt sich aus der Betrachtung, daß, wenn die Frage über das Eigenthum eines Hauses (und damit die Frage über das Eigenthum eines intellectuellen oder reellen Theils des Hauses als solchen, der universitas aedium) in judicium deducirt wird, doch davon die Frage über das Eigenthum der einzelnen Balken und Steine nach Auflösung des Hauses eine sehr verschiedene ist, weil diese nicht eigentlich partes des Hauses als Solchen sind, und daher

IV. Während die angeführten Folgen der Pluspetition bei einer incerta formula nicht vorkommen konnten (Not. 14), mußte sich der Kläger in einer anderen Beziehung gerade bei formulis incertis, wieder wegen der Prozeßconsumtion, wohl vorsehen. Wenn in Fällen, in welchen mit einer formula incerta in jus concepta zu klagen war, das Recht des Klägers an sich zwar in dem ganzen von ihm behaupteten Umfange begründet, aber zur Zeit nur ein Theil des Rechts verfallen und einklagbar war, und er bezeichnete in der Demonstration das Verhältniß, aus welchem er klagte, ohne nähere Beschränkung: so konnte zwar hier von einer Pluspetition nicht die Rede seyn, weil bei der formula incerta die Intention blos auf Das lautet, was man überhaupt zu fordern habe (Not. 14), und der Judex hatte nun den Beklagten in den Theil der Leistung zu verurtheilen, der zur Zeit verfallen und verfolgbar war. Dagegen konnte der Berechtigte den zur Zeit nicht verfolgbaren Theil seines Rechts später nicht mehr einklagen, auch nicht wenn der Zeitpunkt der Fälligkeit desselben eintrat. Denn im früheren Prozesse war durch die Formel quidquid ob eam rem dari fieri oportet das ganze in der Demonstration bezeichnete Rechtsverhältniß, aus dem er geklagt hatte, gegen den Beklagten in judicium deducirt und somit sein ganzes Recht aus jenem Rechtsverhältnisse durch die Lit. Cont. consumirt, und diese Wirkung der Lit. Cont. (welche, wenn es zum Urtheile kam, in den Fällen der indirecten Consumtion durch die exceptio rei judicatae geltend gemacht werden konnte) blieb bestehen, wie auch der Inhalt des Urtheils lauten mochte [17]. Der Kläger mußte sich deßhalb in solchen Fällen wohl vorsehen und, soweit dieß möglich war, auf den Theil seines Rechts, den er sofort durchsetzen konnte, seine Klage ausdrücklich beschränken durch eine der Demonstration vorangeschickte (präscribirte) nähere Bestimmung (praescriptio pro actore, im Gegensatze zu den präscribirten Einreden, den praescriptiones

---

diese Frage mit jener nicht als in judicium deducirt gelten kann. S. mein Handbuch II § 43 Not. 5.

17) Gajus IV, 131. Eine Spur dieses Grundsatzes enthalten auch die Worte ut in judiciis in l. 76 § 1 D. XLV, 1 de V. O.

pro reo; oben §. II S. 49), damit nicht das ganze Recht in judicium deducirt und consumirt werde und dadurch ihm die Möglichkeit übrig bleibe, einzelne Ausflüsse seines Rechts später noch klagend geltend zu machen [18]. Z. B. wenn Jemand, welcher terminweise Leistungen zu fordern hatte, von denen ein Theil verfallen war, auf Anerkennung seines Rechts überhaupt und demzufolge auf Zahlung der verfallenen Leistungen klagte und der Richter das Recht überhaupt begründet fand und deßhalb den Beklagten zur Zahlung jener verfallenen Leistungen verurtheilte: so konnte der Kläger die noch nicht verfallen gewesenen Leistungen, wenn sie später verfielen, nicht mehr fordern; denn sein ganzes Recht war in judicium deducirt und eben damit consumirt; oder wenn Jemand wegen eines Tausches mit der praescriptis verbis actio auf Anerkennung und Vollziehung des Vertrags geklagt und die Sache überliefert erhalten hatte, später aber es sich findet, daß die Sache dem Beklagten, der sie versprochen hatte, gar nicht gehörte: so konnte der Kläger, wenn er die Klage nicht durch eine praescriptio ausdrücklich blos auf die Uebergabe der Sache beschränkt und sich dadurch andere Ansprüche aus dem Vertrage vorbehalten hatte, nicht mehr auf Evictionsleistung klagen, weil die ganze Obligation aus dem Tausche in judicium deducirt und consumirt war (s. Not. 18).

V. Entstehen aus einer Obligation verschiedene Klagen gegen dieselbe Person, welche auf Geltendmachung dieser einen und derselben Obligation gerichtet sind, namentlich dieselbe intentio haben: so wurden schon durch die Litis Contestatio über die eine Klage auch die übrigen consumirt, eben weil ihre Grundlage, die Obligation, durch die Litis Contestation consumirt war. Hieraus erklären sich auch noch manche in die Pandecten aufgenommene Stellen [18a]; namentlich konnte blos aus diesem Grunde, wenn die tutelae actio anhängig gemacht war, später nicht auch noch die actio de rationibus distrahendis angestellt werden und umgekehrt [19].

---

18) Gajus IV, § 130—132, § 136. 137. Keller § 33 S. 253 f. u. beſ. § 58—60. Puchta Instit. II S. 95 f

18a) Z. B. D. XVII, 2 pro soc. *l.* 38 § 1 XII, 2 de jure jur. *l.* 28 § 4 a. E.

19) Obwohl die actio de rat. distrahend. auf das Doppelte, die tutelae

VI. Das Gleiche war der Fall, wenn eine und dieselbe Obligation auf mehrere Personen sich bezog, also

1. wenn eine und dieselbe Obligation direct auf mehrere Personen sich so bezieht, daß jede derselben in der Obligation nach ihrem vollen Betrage steht (bei den Correalverhältnissen s. unten Not. 51). Wenn daher

a. der Gläubiger einen seiner mehreren Correalschuldner auf das Ganze, für welches Jeder von ihnen haftet, belangte und es zur Lit. Cont. kam; so wurden schon hierdurch die übrigen Correalschuldner unbedingt frei, sollte auch der Gläubiger vom Beklagten wegen Insolvenz nicht befriedigt werden können oder wegen dilatorischer Einreden abgewiesen werden oder gegen ihn die Klage fallen lassen und gegen die Anderen klagen wollen.

---

act. blos aufs Einfache ging, so wurde doch durch die Lit. Cont. über die eine Klage die andre consumirt, weil es „duae actiones ex una obligatione" sind; s. D. XXVII, 3 d. tut. act. l. 1 § 21. Keller a. a. O. § 33. und in besonderer Beziehung auf das Verhältniß der actio de rat. distrah. zur tut. actio auch Francke im Arch. f. civilist. Prax. Bd. XXIII S. 423 f. Savigny System Bd. V § 212 S. 38 § 232 Not. l. § 235 Not. g. Hierher gehört wohl auch der Fall der l. 4 § 3 D. IX, 4 de noxal. act. Wegen Beschädigungen nämlich, welche ein Sclave Dritten zufügte, konnte der Herr auf Ersatz belangt werden, und zwar unbedingt, wenn der Sclave scientis domino handelte; hatte er insciente domino gehandelt: so konnte der Herr dem Ersatze durch Hingabe des Sclaven entgehen. Klagte nun der Beschädigte gegen den Herrn unbedingt auf Ersatz wegen dessen scientia und wurde abgewiesen, weil der Herr nicht conscius war: so konnte er nachher nicht auf Ersatz mit noxae deditio klagen; das eine judicium wurde durch das andre consumirt, weil (woraus sich auch der übrige Inhalt der Stelle erklärt) in Beiden die intentio (auf Ersatz) dieselbe war und nur in der condemnatio die noxae deditio (als besonderes Recht des Beklagten, falls er inscius war) erwähnt wurde. Vrgl. auch l. 7 § 1 eod. — Ribbentrop Zur Lehre v. d. Correal-Obl. S. 246—254 findet in der l. 4 § 3 cit. Schwierigkeiten wegen l. 5 pr. l. 17 pr. eod. und will deßhalb ihre Entscheidung nicht aus der prozeßual. Consumtion erklären. Allein seine Erklärung ist mit dem Entscheidungsgrunde der Stelle (quia res in superius judicium deducta et finita est) durchaus unvereinbar; die l. 5 und 17 aber machen wohl keine Schwierigkeit, da Miteigenthümer, sofern sie conscii waren, hier gerade so haften quemadmodum plures deliquissent (l. 5), also bei ihnen der Grundsatz der l. 2, 4 IX, 3 de his qui effud. gilt, während die l. 4 § 3 nur von dem Falle handelt, wenn gegen eine und dieselbe Person geklagt wird.

Denn die in den Streit gebrachte Obligation war einmal consumirt und die übrigen Schuldner waren somit frei, da sie ihm nur aus einer und derselben Obligation schuldeten [20]. Namentlich galt dieß auch vom Verhältnisse des Hauptschuldners zum Bürgen; wurde der Hauptschuldner belangt: so war eben damit (wenn es zur Lit. Cont. kam) der Bürge unbedingt frei, mochte auch der Hauptschuldner den Gläubiger nicht befriedigen können; und wurde der Bürge belangt: so war der Hauptschuldner unbedingt frei, weil Beide nur an einer Obligation theilnehmen, welche durch die Lit. Cont. consumirt wird [21]. Ferner galt es im Ver-

---

20) C. VIII, 41 d. fidej. cst. 28 in den Worten: idemque in duobus reis etc. In dieser Stelle hob Justinian, wie unten noch weiter bemerkt werden wird, diesen Grundsatz auf; seine Commission ließ aber nachlässigerweise noch einige Stellen in den Pandecten stehen, die den alten Grundsatz der proz. Consumtion enthielten, z. B. D. XLV, 2 d. duobus reis *l.* 2 (verb: petitione) XLVI, 1 d. fidej. *l.* 5 a. E. (vrgl. Keller § 52), theilweise auch D. XLV, 1 de V.O. *l.* 116 (s. Ribbentrop Zur Lehre v. d. Correal-Obl. S. 138 Not. z.); andere Stellen interpolirten sie, um sie mit dem neuesten Recht in Einklang zu bringen, z. B. D. XXX de legat. I *l.* 8 § 1, wo die Worte et solutum offenbar erst von Justinians Commission hineingesetzt sind. Ribbentrop S. 42.

21) Const. 28 cit. ferner D. XXVII, 7 de fidej. et nomin. *l.* 7 (über diese Stelle s. Keller a. a. O. S. 437). XLIV, 2 de except. rei jud. *l.* 21 § 4 (über die *l.* 84 de solut. s. Not. 39). Paulus Recept. sentent. II, 17 § 16. Da aber Justinian diesen Grundsatz, namentlich auch im Verhältnisse zwischen Bürgen und Hauptschuldner, in seinen letzten Spuren in der cst. 28 cit. aufhob: so interpolirte seine Commission manche Stellen aus der früheren Zeit so, daß diese in der Weise, wie sie nun in Justinians Rechtsbüchern lauten, schon das Gegentheil, von dem im Texte Gesagten aussprechen, z. B. C. V, 57 de fidej. tut. cst. 2 (verb: „et solvente," was offenbar eine Interpolation ist); vrgl. Keller a. a. O. S. 438. — Mayer Die Lit. Cont. S. 54 f. glaubt, ein judicium imperio continens (also die indirecte Consumtion) habe auf die Bürgschaft die im Texte angegebene Wirkung nicht gehabt; es habe ihr in einem solchen Falle nur ein dem Schuldner günstiges Urtheil geschadet. Er will dieß aus der *l.* ult. § fin. de jure jur. herleiten. Allein, wenn man die im Anfange der Note angeführ. Stellen vergleicht, mit welchen eine solche Behauptung ganz unvereinbar ist: so kann man in der That ein solches Resultat aus der *l.* ult. cit. nicht herleiten. Sie sagt blos: so gut ein Bürge, abgesehen von aller prozessualischen Consumtion, sich auf das für den Hauptschuldner günstige Urtheil berufen könnte („proficeret"), so gut kann er sich

hältnisse mehrerer Bürgen zu einander; wurde z. B. ein Bürge auf Zahlung der Schuld belangt und dieser sichzte das beneficium divisionis vor: so hatte er nun nur seinen Kopftheil zu zahlen; gegen die übrigen Bürgen aber konnte der Gläubiger nicht mehr klagen [21a], von ihnen ihre Kopftheile nicht einfordern, weil er die ganze Obligation in Judicium deducirt hatte und diese dadurch consumirt war [22].

b. Das Gleiche galt auch bei mehreren Correalgläubigern. Hatte der Eine gegen den Schuldner geklagt und kam es zur Lit. Cont.: so konnten die anderen Gläubiger nicht mehr klagen, weil das ganze Rechtsverhältniß und somit auch ihr Recht consumirt war; sie hatten ihr Recht verloren [23].

2. Es gibt Fälle, in welchen eine Obligation dieser nur für eine bestimmte Person eintritt und diese ergreift, dieselbe Obligation aber indirect aus besonderen Gründen auch auf andere Personen sich so erstreckt und wirkt, daß die Letzteren aus dieser

---

auf die durch Eid geschehene Befreiung des Hauptschuldners berufen. — War die Bürgschaft ausdrücklich blos als fidejussio indemnitatis, d. h. auf Das, was der Gläubiger vom Hauptschuldner nicht werde erlangen können, geschlossen: so trat natürlich keine Consumption der Obligation des Bürgen durch Belangung des Hauptschuldners ein. Denn hier war der Bürge nicht correus und seine Obligation war eine ganz andere als die des Hauptschuldners, eine bedingte, deren Bedingung erst eintrat, wenn der Hauptschuldner wirklich belangt wurde und von ihm nicht die ganze Schuld zu erlangen war. D. XLV, 1 d. V. O. l. 116. XLVI, 3 d. solut. l. 21. Keller S. 563 f.

21, a) Hatte der Gläubiger den Bürgen mit einer formula certa auf das Ganze belangt, und konnte der Bürge excipiendo nachweisen, daß auch seine Mitbürgen zahlungsfähig seyen (l. 28 D. de fidej.): so mußte nun der Kläger ganz abgewiesen werden wegen Pluspetition (S. 13 f.) und er hatte Alles verlohren, weil er nun wegen der durch die Lit. Cont. eingetretenen Consumtion gegen keinen der Bürgen mehr klagen konnte. Doch galten nun hier die bei Not. 36 angef. Milderungen.

22) Hierüber s. Keller, § 66. S. 568 f. und Bethmann Zur Lehre v. d. Correal-Obl. S. 260. Ueber die verschiedenen Mittel, diesen Folgen zu entgehen (z. B. durch vereintes Klagen gegen alle Bürgen oder bei formulis certis durch eine Klage auf einen bloßen Theil ꝛc.) s. die Angef.

23) D. XLV, 2 d. duobus reis l. 2. l. 16. XLVI, 1 d. fidej. l. 5. a. E. XLVI, 2 d. novat. l. 31. § 1. Vgl. in Beziehung auf diese Stellen die Bemerkung in Not. 20.

Obligation ebenfalls ganz oder theilweise belangt werden können. Z. B. ein Hausſohn kauft eine Sache und wird ſomit den Kaufspreis ſchuldig; dieſe Obligation wirkt indirect unter gewiſſen Vorausſetzungen auch auf den Hausvater; z. B. ſoweit der Betrag des, dem Hausvater eigentlich gehörigen, Peculiums des Hausſohnes reicht, iſt der Hausvater verbunden, die Obligation des Sohnes aus dem Peculium zu tilgen, er kann in ſo weit aus der Obligation des Sohnes belangt werden (mit der actio venditi de peculio); oder wenn die gekaufte Sache vom Sohne zum Beſten des Vaters verwendet wurde: ſo haftet der Vater für die Obligation des Sohnes, ſoweit dieſe Verwendung reichte, er kann inſoweit mit der actio venditi de in rem verso belangt werden (ſo weit die Verwendung nicht reicht, könnte er jedenfalls de peculio bis auf den Betrag des Peculiums belangt werden); oder wenn ein Dritter im Auftrage des Vaters mit dem Sohne contrahirt hatte: ſo haftet der Vater aus der Obligation für den Betrag und es findet zu dieſem Zwecke gegen ihn die actio venditi quod jussu ſtatt. Ebenſo erſtreckt ſich die Obligation des Bevollmächtigten auch auf den Bevollmächtiger; er kann aus jener Obligation mit der actio quasi institoria verklagt werden. Klagte nun der Gläubiger

a. in den genannten Fällen gegen den Sohn auf Zahlung: ſo wurde dadurch auch die Klage gegen den Vater ſofort conſumirt, weil die Verbindlichkeit des Vaters und des Sohnes auf einer Obligation beruhte, welche durch die Lit. Cont. mit dem Sohne zerſtört wurde. Er konnte deßhalb nicht mehr gegen den Vater mit der actio venditi de peculio, de in rem verso etc. klagen [24], mochte er nun gegen den Sohn ſiegen aber von dem-

---

24) Man muß dabei beachten, daß die actio de pecul., de in rem verso etc, keine beſondere eigenthümliche Klage aus einer beſonderen Obligation iſt, ſondern eben die Klage aus der Obligation des Sohnes (actio venditi, locati u. ſ. w.) mit der beſonderen Beziehung auf das peculium, auf die in rem versio etc., welche durch den Beiſatz de peculio, de in rem verso etc. bezeichnet wird; vrgl. D. XXI, 1 de aed. ediet. *l.* 23 § 4 *l.* 57 § 1 J. IV, 7 quod cum eo qui in alien. potest. § 4 Gajus IV, 74 a. E. und mein Handbuch § 66 Not. 13.

selben nicht befriedigt werden [24a], oder abgewiesen werden oder den Prozeß fallen lassen.

b. Klagte er gegen den Vater de peculio, de in rem verso oder quod jussu: so konnte er nicht mehr gegen den Sohn klagen, sollte er auch vom Vater nicht befriedigt werden (z. B. weil der Bestand des Peculiums zur Tilgung der Schuld nicht reichte), oder aus einem Grunde abgewiesen werden, der auf den Sohn keine Anwendung litt, z. B. weil die versio in rem patris oder der jussus patris vom Kläger nicht bewiesen werden konnte. Auch konnte er nicht von Neuem gegen den Vater klagen, wenn z. B. das Peculium, dessen Bestand bei der ersten Klage zu Tilgung der Schuld nicht reichte, später Zuwachs erhielt [25], oder den Vater nicht wegen des jussus oder der versio in rem belangen, wenn er ihn schon de peculio belangt hatte, eben weil durch die Lit. Cont. über die eine Klage die ganze Obligation des Vaters und Sohnes zerstört war [26].

c. Das Gleiche war der Fall beim Mandat. Klagte der Gläubiger gegen den Beauftragten, der mit ihm contrahirt hatte, auf Bezahlung: so war durch die Lit. Cont. die Obligation, die sich auch auf den Auftraggeber erstreckte, consumirt und er konnte den Letzteren nicht mehr in Anspruch nehmen [27].

---

24 a) Im Falle des Sieges erlangte er aber nun wie gegen den Sohn so auch gegen den Vater eine neue Klage; er konnte nämlich nun die actio judicati de peculio gegen den Vater bis auf den Betrag des Peculiums anstellen. D. XV, 1 de pecul. *l.* 3 § 11.

25) D. de pecul. *l.* 47 § 2. Die *l.* 30 § 4 eod. scheint von Justinians Commission in Rücksicht auf das später eingetretene Recht interpolirt zu seyn; vrgl. Francke Arch. für civ. Prax. Bd. XXIII S. 400 Not. 22 S. 420. Wäre sie es nicht: so würde sich ihr Inhalt dadurch erklären, daß gerade für diesen Fall bei der actio de peculio eine Hülfe gegen die Folgen der strengen Prozeßconsumtion im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sich besonders rechtfertigte. Vrgl. Keller S. 558 f.

26) D. XIV, 5 quod cum eo qui in alien. potest. *l.* 4 § 5; vrgl. auch Francke a. a. O. S. 420. Ueber die Bedeutung der directen condictio gegen den Vater in J. IV, 7 e. t. § 8 s. Francke S. 422.

27) D. XIV, 1 de exerc. act. *l.* 1 § 24. — Das im Text Nr. 2 Ausgeführte folgt ganz nothwendig aus dem Princip der Consumtion und ist zuerst vollkommen überzeugend bewiesen worden von Keller § 50—53. In Justinians Rechts-

II.

Milderungen der prozeßualischen Consumtion.

Würde man den Grundsatz der Consumtion und Novation des Rechtsverhältnisses durch die Lit. Cont. durchaus in seiner vollen Strenge und Consequenz angewendet haben: so hätte er auf Folgerungen geführt, durch welche die Unerträglichkeit gar zu weit getrieben worden wäre. Deßhalb finden wir schon in der Zeit, in welcher im Röm. Rechte dieser Grundsatz durchaus in Wirksamkeit bestand, doch im Allgemeinen bei allen Klagen einige Milderungen desselben, welche ganz nothwendig geboten waren.

Die durch die Litis Contestation begründete Obligation nämlich war doch im Grunde und Wesen von der ursprünglichen, aus welcher geklagt wurde, nicht verschieden, indem sie sich in Wesen und Gehalt nach der alten Obligation, soweit diese in judicium deducirt wurde, bestimmte und gleichsam nur eine neue Form bildete, in welche die alte Obligation überging. Zwar ging die neue Obligation (das condemnari oportere) stets auf

---

bücher gingen aber nur wenige Spuren von diesen Folgen über (unter diesen namentlich einige Stellen, welche schon allmählige Milderungen des Grundsatzes enthielten). Denn natürlich suchten die Verfasser jener Rechtsbücher solche Stellen aus dem alten Recht wegzulassen oder durch Interpolation zu ändern, weil zu ihrer Zeit das ganze Princip nicht mehr galt. Sie waren aber hierin nicht genau genug oder nahmen manche Stellen auch wegen anderer in ihnen enthaltenen noch praktischen Beziehungen auf, und so finden wir eine Reihe von Andeutungen des alten unpraktisch gewordenen Grundsatzes in den Pandecten, z. B. Not. 25—27, ferner D. XV, 1 d. pecul. *l.* 32 pr. XIV, 3 de instit. act. *l.* 13 pr.; vrgl. auch Francke a. a. O. S. 417 f. Solche Stellen konnten natürlich vor Auffindung der Institut. von Gajus, durch den wir erst über die proz. Consumtion des älteren Röm. Rechts Aufschluß erhielten, gar nicht gehörig verstanden werden und wurden deßhalb auch von den früheren Juristen großentheils ganz mißverstanden. Sie gaben daher auch auf dem Boden des praktischen Rechts, namentlich in der Lehre von der Klagenconcurrenz, zu vielen Zweifeln Streitigkeiten und Verstößen Veranlassung. Traurig ist es freilich, daß die Aufschlüsse über wichtige praktische Beziehungen des Inhalts der bei uns geltenden Rechtsbücher von solchen Zufälligkeiten abhängen!

Geld (§. II S. 15) und somit häufig auf einen anderen Gegenstand, als die ursprüngliche Obligation. Aber die Geldsumme selbst, in welche verurtheilt werden mußte, bestimmte sich in Bestand Größe und Umfang durchaus nach der ursprünglichen Obligation; diese ursprüngliche Obligation wurde eingeklagt (§. II S. 23), über sie wurde verhandelt; war sie nicht begründet, so fiel die Verurtheilung weg, und wenn sie begründet erfunden wurde: so war die nun nöthige Geldcondemnation eigentlich nur eine Uebersetzung des eigentlich Geschuldeten in das exequirbare Object.

Aus diesen Rücksichten wurde das Princip der Consumtion dahin modificirt:

a. Bei einer eigentlichen (freiwilligen) Novation gehen die Accessionen der alten Obligation auf die neue, die an deren Stelle gesetzt wird, nicht über, sondern erlöschen durch die Novation [27a], wenn sie nicht für die neue Obligation ausdrücklich neu bedungen werden (D. XLII, 7 de pign. act. *l.* 11 § 1); bei der durch Litis Contestation bewirkten (nothwendigen oder gezwungenen) Novation blieben aber die Accessionen der ursprünglichen Obligation, so weit diese überhaupt als begründet erfunden wurde, gültig (nur nicht eine für sie früher gestellte Bürgschaft, s. oben S. 18 und Not. 33) [28]. Es bleiben daher die Pfandrechte, durch welche das eingeklagte Rechtsverhältniß gesichert war, auch nach der Lit. Contestation und nach gefälltem Urtheil (wenn nicht gegen die Forderung selbst erkannt wurde) bestehen [29], wenn mit der eingeklagten Obligation eine Zinsverbindlichkeit, sey es aus Vertrag oder Verzug ꝛc. verbunden: so wurde sie nicht durch die Lit. Cont. aufgehoben; die Zinsen liefen vielmehr auch nach der Lit. Cont. noch fort (usurae currunt) [30],

---

27a) Z. B. Pfandrechte, Zinsverbindlichkeiten, Vorzugsrechte, welche mit der alten Obligation verbunden waren, D. XLVI, 2 de novat. *l.* 18 *l.* 29.

28) L. 29 cit. Neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes sed meliorem. Freilich traf Dieses nicht durchaus zu; das meliorem causam facere bezieht die Stelle auf die Unterbrechung der Verjährung und den Uebergang des Rechts auf die Erben.

29) D. XX, 1 de pignorib *l.* 13 § 4 vrgl. auch XIII, 7 de pign. act. *l.* 11 pr. § 1.

30) D. XXII, 1 de usur. *l.* 35 (Litc contestata usurae currunt). Die

und waren bei der alten Obligation Zinsen besonders (auf eine klagbare Weise) versprochen und die Lit. Cont. über die Hauptobligation eingeleitet: so konnten die Zinsen immer noch besonders eingeklagt werden [30a].

Allgemeinheit dieser Milderung bestreitet Mayer in s. scharfsinnigen Schrift über Lit. Cont. (nach dem ältesten Röm. Recht vor der Zeit des Formularproz. s. oben H. II S. 5) S. 35 f., indem er behauptet, „von der Zeit an, wo über die Hauptschuld Lis contestata war, liefen keine Zinsen mehr," wenn nicht die Zinsverbindlichkeit zugleich mit der Hauptschuld eingeklagt worden sey. Allein von Anderem abgesehen, so übergeht Mayer die *l.* 35 cit. ganz, welche ganz allgemein spricht, und gerade im Gegensatz zur *l.* 18 de novat. in Beziehung auf Zinsen die entschiedenste Verschiedenheit zwischen den Wirkungen der Lit. Cont. und denen der eigentlichen Novation ausspricht. Die cst. 1 de judic. aber sagt doch wohl nur, daß bei einer mit einer besonderen Klage verfolgbaren Zinsverbindlichkeit (Not. 30 a) Das, was noch nicht in judicium deducirt wurde, besonders eingeklagt werden könne, und die *l.* 90 de V.O. spricht nur den Satz aus, daß eine für einzelne Termine bis zur Zahlung des Capitals versprochene Conventionalstrafe fortwachse, bis das Capital bezahlt sey, und durch Lit. Cont. nicht fixirt werde. Daraus könnte man eher schließen, daß auch die stipulirte Zinsverbindlichkeit fortlaufe, weil die Stipulation die Zeit bis zur solutio sortis umfaßt, in dieser Beziehung aber die Lit. Cont. der solutio nicht gleichgesetzt wird. — Dagegen gab die *l.* 35 in praktischer Beziehung zu Mißverständnissen Veranlassung. Während sie, nämlich blos in der angegebenen Weise, auf die prozessualische Consumtion des älteren Röm. Rechts sich bezieht (wie wir freilich nun erst aus Gajus recht sehen), wurde sie von Vielen auf dem Gebiete unsres praktischen Rechts dahin völlig mißverstanden, als ob stets ein Beklagter, wenn er unterliegt, von der Lit. Cont. an unbedingt Zinsen zahlen, also von da an stets in Zinsen verurtheilt werden müsse, wenn er auch gar nicht im Verzuge (ob. H. II S. 54) war und keine Zinsen versprochen hatte. Der wahre Sinn der Stelle läßt sich gar nicht verkennen, wenn man, bekannt mit dem Institute der proz. Consumtion, sie namentlich mit Dem vergleicht, was die angef. *l.* 18 de novat. als Gegensatz gerade über Zinsenlauf von der Wirkung einer eigentlichen (freiwilligen) Novation sagt („usurae non currunt" Not. 27 a). Uebrigens erklärten auch schon manche Aeltere, ohne von der proz. Consumtion viel mehr zu wissen als was die *l.* 29 de novat. sagt, die Stelle doch ganz richtig, z. B. Lauterbach Coll. Pand. XXII, 1 § 18.

30 a) C. III, 1 de judic. cst. 1. Vrgl. Not. 30. Wurden bei h. f. negotiis wegen Verzugs oder ex pacto adjecto Zinsen geschuldet; so liefen sie allerdings auch nach der Lit. Cont. fort (Not. 30); allein wenn sie nicht mit der Hauptschuld gefordert und zuerkannt wurden: so konnten selbst die ex pacto geschuldeten (wenn sie nicht durch eine praescriptio vorbehalten wurden S. 15)

b. Wenn der Beklagte während des Prozesses freiwillig den eigentlichen Gegenstand des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, aus welchem geklagt wurde, zahlte: so konnte er das Gezahlte nicht mehr zurückfordern (D. XII, 6 de cond. indeb. *l.* 50 pr. XV, 1 de peculio *l.* 40 § 2 XLVI, 3 de solut. *l.* 71 § 3), weil das Gezahlte es war, was er eigentlich schuldete. Deßhalb wurde er durch eine solche Zahlung von seiner ganzen Schuld frei und er mußte nun von der Klage absolvirt werden. Freilich konnte man nach einem starren Formalismus auf das Gegentheil kommen, weil die ursprüngliche Schuld durch die Lit. Cont. peremirt war und das an ihre Stelle getretene condemnari oportere nach dem S. II S. 15 ausgeführten Grundsatze immer auf eine Geldsumme, also häufig auf ein ganz anderes Object, als die ursprüngliche Schuld ging. Wirklich behauptete auch ein Theil der Röm. Juristen (die Proculianer), daß in gewissen Fällen — wie es scheint, bei stricti juris actiones [31] — der Beklagte,

---

nicht nachgefordert werden, weil sie mit der Klage aus der Hauptobligation zu verfolgen und unter ihrer intentio (quidquid ob eam rem dari fieri oportet) enthalten waren. — Ebenso muß man unterscheiden, wenn zuerst die Zinsen allein eingeklagt wurden. Beruhten sie auf einer besonderen Stipulation (was bei negotiis stricti jur. immer der Fall seyn mußte, wenn sie klagbar geschuldet werden sollten): so wurde durch die Lit. Cont. über die Stipulationsklage die Klage auf das Capital nicht consumirt, weil es sich von völlig verschiedenen Klagen und Obligationen handelt (dieß sagt auch die erste Periode der *l.* 23 XLIV, 2 de exc. rei jud., wie sich aus dem Gegensatze der zweiten Periode ergibt); waren sie aber bei einem negotium bonae fid. wegen Verzugs oder ex pacto geschuldet und mit der Klage aus dem negotium blos die Zinsen (also mit einer die Forderung auf das Capital vorbehaltenden Präscriptio) gefordert: so konnte der Kläger, wenn er siegte, später auch noch das Capital, die später fällig werdenden Zinsen aber nur dann mit derselben Klage fordern, wenn er sich wegen derselben durch die S. 15 angeführten Präscriptionen gegen die Folgen der proz. Consumtion gedeckt hatte (s. die 2te Periode der *l.* 23 cit., wo nur die Präscriptionen wohl durch Justinians Commission weggelassen wurden, weil sie zu seiner Zeit nicht mehr praktisch waren; vrgl. auch Keller S. 537). Auch bei Zinsen aus einer Stipulation waren diese Präscriptionen nöthig, wenn mit einer formula incerta geklagt wurde und der Kläger nicht das Recht verlieren wollte, auch später für die folgende Zeit, so lange das Capital steht, die stipulirten Zinsen zu fordern S. 16 und Gajus IV, 131.

31) S. besonders Keller a. a. O. S. 182 f., dem meines Wissens in dieser

wenn er erst nach der Litis Contestation den eigentlichen Gegenstand seiner ursprünglichen Verbindlichkeit, aus der er belangt wurde, freiwillig leistete, dadurch sich nicht befreien und die Verurtheilung nicht von sich abwenden konnte (Gajus IV, 114; eine ganz ähnliche Consequenz derselben Juristen s. bei Gajus III, 168). Allein die Sabinianer verwarfen dieß mit Recht und nahmen an, daß durch eine solche freiwillige Zahlung die in judicium deducirte Obligation stets ganz getilgt werde, wenn sie vor der Verurtheilung geschah (denn nach der Verurtheilung konnte der Verurtheilte nur durch Zahlung der Summe, in die er verurtheilt war, sich befreien), der Beklagte also in einem solchen Falle absolvirt werden müsse, weil die Verbindlichkeit des Beklagten an sich und auch die Klage selbst (die intentio) auf diesen eigentlichen Gegenstand des ursprünglichen Rechtsverhältnisses geht und nur die condemnatio auf Geld gerichtet war [31 a]. Diese Ansicht, welche durch den Satz „omnia judicia absolutoria esse" ausgedrückt wurde, scheint jedenfalls schon in den späteren Zeiten der classischen Röm. Juristen allmählig die allgemeine geworden zu seyn [32]. Nur darf man diesen Satz nicht auch auf solche Fälle anwenden, in welchen der Gläubiger aus anderen Gründen ein Recht aufs Interesse erhielt, z. B.

Beziehung alle Späteren beistimmten. Die betreffende Stelle bei Gajus hat gerade bei der Angabe der Fälle eine Lücke.

31 a) S. oben §. II S. 17 Not. 1 S. 23.

32) Gajus IV, 114. J. IV, 12 de perp. act. §. 2 und eine Anwendung des freieren Grundsatzes auf ein stricti jur. negot. in l. 63 §. 1 D. XXXVI, 1 ad S.C. Trebell. (von Gajus). Obgleich hiernach von der entgegengesetzten Ansicht in Justinianischem Rechte gar nicht mehr die Rede seyn konnte: so hat Justinians Commission doch in den in den Pandecten excerpirten Schriftstellern nicht alle Spuren dieser von Justinian in §. 2 cit. ausdrücklich verworfenen Ansicht zu tilgen gewußt; z. B. D. XLV, 1 d. V.O. l. 84, eine Stelle, deren Inhalt sehr häufig noch jetzt als geltender Rechtssatz angeführt wird (z. B. Thibaut Pandecten. §. 100 Not. k. v. Madai Lehre von der Mora §. 67), während ihre Beziehung, die wir freilich erst aus Gajus gehörig verstehen, offenbar blos eine historische ist; vrgl. auch Keller a. a. O. §. 22 S. 130 f. Bethmann-Hollweg Prozeß S. 320 f. Savigny System Bd. V S. 135. Auf die gleiche Weise ist auch die l. 57 pr. XLVI, 3 de solut. zu erklären.

wenn die geschuldete Leistung durch wahren Verzug des Beklagten für den Gläubiger ganz interesselos wurde; denn hier kann er die Annahme jener Leistung verweigern und Ersatz des Interesses verlangen (oben H. II S. 24, 26).

c. Wenn der Kläger vom Beklagten wegen einer Schuld in einem anderen Prozesse belangt wurde: so konnte Jener die Forderung, wegen welcher er den Beklagten belangt hatte, zur Kompensation bringen, soweit sich der Fall überhaupt zur Kompensation eignete, obgleich sie eigentlich durch die Lit. Cont. erloschen war (D. XVI, 2 de compens. l. 8).

In diesen von der Aequitas gebotenen Beziehungen wirkte die alte Obligation trotz ihrer durch Litis Contestation eingetretenen directen oder indirecten Consumtion fort, aber (abgesehen von bestellten Pfandrechten Not. 29) nur unter den Parthieen, zwischen welchen die Lis contestirt war [32a]; es galt insoweit der materielle Inhalt der Obligation durch die Lit. Cont. nicht als consumirt und deßhalb sagen auch einige Stellen (die S. 25 unter k. angef. l. 60 pr. und l. 52 § 2 s. auch Not. 33), insowelt sey die naturalis obligatio nicht in litem translata.

Auf den Grund dieser Stellen wird, so viel ich finde allgemein, von den Neueren behauptet, daß durch die Litis Contestation nur das klagbare Moment des Rechtsverhältnisses consumirt, sein naturaler Bestandtheil aber, die Naturalobligation, völlig unberührt bestehen geblieben sey. Nur sind die Ansichten darüber verschieden, ob dieß in allen Fällen sich so verhalten habe, oder nur in einigen, und ob auch die Wirkung des (absolutorischen) Urtheils eine so beschränkte gewesen sey. Allein keine dieser Ansichten scheint mir in ihrer unbedingten Ausdehnung begründbar zu seyn. Die gewöhnliche Ansicht nimmt bei Lit. Cont. und Urtheil die Fortdauer einer naturalis obligatio an, indem sie davon ausgeht, daß stets blos nur die civilis obligatio, die Klage, in judicium deducirt worden sey, nicht auch die ganze Obligation, der naturale Bestandtheil derselben, und daß deßhalb die

---

32 a) Daraus erklärt sich auch, daß wenn ein correus credendi klagte, der Schuldner nach der Lit. Cont. durch Zahlung an den andern corr. credendi sich nicht mehr liberiren konnte D. XLV, 2 de duob reis l. 16.

durch Lit. Cont. und später durch Urtheil eintretende Consumtion sich auf den naturalen Bestandtheil der Obligation nicht bezogen habe, daß also, wie z. B. von der Pforten (l. Not. 33 a) sagt, durch die Lit. Cont. die Obligation in zwei Bestandtheile, in den civilrechtlichen und in den natürlichen, gespalten, der erstere durch die Lit. Cont. getilgt und durch die bedingte Verbindlichkeit des condemnari oportere und, wenn eine Verurtheilung erfolgte, durch das judicatum facere oportere ersetzt worden, der zweite aber ganz unberührt außerhalb des Prozesses geblieben sey. — Man möchte aber fragen, ob eine solche Spaltung überhaupt nur etwas Mögliches ist. Allerdings kann man sich wohl eine Obligation ohne eine Klage denken; denn eine Obligation kann auch ohne das Moment der Klagbarkeit bestehen; man kann sich aber nicht eine Klage (aus einer Obligation) denken gleichsam ohne eine Obligation, eine Klage welche getrennt vom natürlichen materiellen Bestandtheil der Obligation rein für sich bestände, selbstständige Bedeutung hätte und so in judicium deducirt werden könnte, blos ein klagbares Moment für sich ohne den materiellen Inhalt der Obligation. Und wie soll denn dieses blos formelle Moment, die Klage, ohne den naturalen Bestandtheil der Obligation doch in die materielle Obligation des judicatum facere übergehen können, während der naturale Bestandtheil der ursprünglichen Obligation vom Prozesse gar nicht berührt wäre, und wie sollte dann die Erfüllung des Judicats auch den Letzteren tilgen? Wie wäre es erklärbar, daß durch die gegen den Hauptschuldner angestellte Klage der Bürge unbedingt frei wird [33] und daß, wenn der

33) Dieses Beispiel dürfte besonders zu zeigen geeignet seyn, wie die Röm. Juristen nur zum praktischen Nothbehelfe, nur in gewissen Beziehungen auf den Gedanken einer fortdauernden Naturalobligation kamen, welche mit den anderen entschieden anerkannten Wirkungen der proz. Consumtion und mit ihrer allgemeinen Natur in Widerspruch stand. Sie thaten es nur, um jene Sätze unter a—c (S. 23 f.) zu retten, weil, wenn auch nicht einmal jene Sätze anerkannt worden wären, die Starrheit der Consequenz gar zu weit getrieben worden seyn würde. Vgl. auch *l.* 29 de novat. Dieß sieht man nun gerade an dem obigen Beispiel. Wird die Klage gegen den Hauptschuldner anhängig gemacht: so wurde der Bürge unbedingt frei (Not. 21); es müßte hiernach durch die Lit.

eine correus credendi klagte, der Schuldner durch Zahlung an den Anderen sich nicht mehr liberiren kann (Not. 21, 32 a), falls der naturale Bestandtheil der Obligation gar nicht in Judicium deducirt wäre? oder daß einzelne Stellen geradezu sagen, petitione tota solvitur obligatio (D. XLV, 2 de duob. reis l. 2)? Auch hätte bei jener Ansicht nicht eine eigentliche Novation der ganzen Obligation durch Lit. Cont. entstehen können, von der doch Gajus (J. III, 180) spricht. Ueberhaupt ist die ganze Darstellung, welche Gajus von der prozessualischen Consumtion gibt, mit jener Ansicht nicht wohl vereinbar. Gajus spricht von den Aufhebungsgründen der Obligationen. Zuerst sagt er (III, 168): tollitur obligatio solutione, und führt dieß näher aus; dann geht er über auf die acceptilatio, und sagt ebenso von dieser (III § 169, 170): per acceptilationem tollitur obligatio, obligatio potest dissolvi; dann sagt er ebenso von der novatio (III § 176): praeterea novatione tollitur obligatio. Unbestritten und unbestreitbar ist es, daß in allen diesen Fällen (solutio, acceptilatio; novatio) die Obligation auch ihrem naturalen Bestandtheile nach aufgehoben wird, und dieß hier Gajus durch tollitur, dissolvitur obl. bezeichnet. Und nun knüpft er daran die litis contestatio (III, 180) und sagt auch ganz so von ihr: tollitur obligatio litis contestatione, obligatio dissolvitur. Kann hier das tollitur, dissolvitur obligatio in einem wesentlich anderen Sinne genommen werden, als in den

---

Cont. auch die Naturalobligation zerstört worden seyn. Denn: „ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit; sum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum“ (D. XLVI, 1 de fidej. l. 60). Aber gar zu weit gegangen wäre es gewesen, wenn man eine Bürgschaft, die erst nach begonnenem Prozesse für die ursprüngliche Schuld bestellt wurde, für ungültig erklärt hätte. Diese ließen daher die Röm. Juristen aus denselben Gründen zu, aus welchen sie eine Zahlung während des Prozesses zuließen (D. XV, 1 de pecul. l. 50 § 2), und sie colorirten dann hier die Abweichung von der Consequenz damit, daß sie sagen, in so ferne sey die naturalis obl. in litem non translata, während, wenn dieß an sich und allgemein richtig wäre, auch ein früher bestellter Bürge hätte verhaftet bleiben müssen.

unmittelbar vorangehenden Stellen §. 1. Einen Mittelweg schlägt von der Pfordten ein [33a], der sich aber eigentlich noch weniger vertheidigen läßt. Er bezieht die Fortdauer der obligatio naturalis auf die judicia legitima, bei welchen mit einer formula in jus concepta eine persönliche Klage angestellt wurde, beschränkt sie also auf den Fall der directen Consumtion der alten Obligation durch Lit. Cont. und Urtheil; bei der indirecten Consumtion aber nimmt er eine Zerstörung der ganzen Obligation, auch in ihrem natürlichen Bestandtheile, durch die exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae an. Allein es wäre doch mehr als auffallend und ohne Beispiel, wenn ein Umstand, der ipso jure vernichtend wirkt (die Lit. Cont. und das Urtheil bei den angeff. judicia legitima), weniger Wirkung hätte, als ein Umstand, welcher blos ope exceptionis wirkt, wenn überhaupt die strenge civile Consumtion nicht so wirksam wäre, als die blos indirecte durch Einreden. Auch geht aus Gajus IV §. 180, 181 hervor, daß die Wirkung in beiden Fällen dieselbe sey, nur daß sie in dem einen ipso jure, in dem anderen ope exceptionis eintrat [33b], jedenfalls aber, daß die Wirkung der ipso jure eintretenden Vernichtung keine geringere sey. — Andere endlich unterscheiden zwischen der negativen Wirkung der Lit. Cont. und der des Urtheils z. B. Büchel Erört. Bd. II Abth. 1 S. 106 f. v. Bangerow Pandect. §. 175 i. A. Nach dieser Ansicht soll durch die Litis Contestation allerdings nur die civilis obligatio, das Moment der Klag-

---

33a) „Bleibt eine obligatio naturalis übrig, wenn Jemand, der wirklich Schuldner war, freigesprochen wird?“ im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXIV, S. 108—153, besonders S. 147 f.

33b) Dafür, daß beide Consumtionen das Gleiche wirken, nur auf verschiedenen Wegen, sind unter Andern auch Keller Die Litis Contestation §. 31 u. Savigny System Bd. V S. 84. Vrgl. auch Fein im Arch. f. civil. Prax. Bd. XXVI S. 382. Ueberhaupt finden wir nirgends eine Hindeutung darauf, daß die directe und indirecte Consumtion in Anderem sich unterschieden, als eben im Directen und Indirecten; im ersten Fall wird die alte Obligation nach Gajus ganz in judicium deducirt und durch die obligatio ex litis contestatione schon ipso jure consumirt, im letzteren Fall bleibt die alte Obligation nach strengem Rechte zwar bestehen, wird aber durch eine exceptio perpetua ganz elidirt.

haftet; zerstört worden seyn; wenn es aber zum (absolutorischen) Urtheil gekommen sey, habe dieses die ganze ursprüngliche Obligation auch in ihren naturalen Bestandtheilen zerstört. Allein der erstere Theil dieser Ansicht in Betreff der Wirkungen der Lit. Cont. dürfte durch das eben Ausgeführte widerlegt seyn. Was aber die Wirkungen des Urtheils betrifft: so geht aus der ganzen Ausführung von Gajus hervor, daß die negativen, die consumirenden Wirkungen des Urtheils lediglich ganz dieselben sind, wie die der Lit. Cont., d. h. daß, wenn es zum Urtheile kommt, nun eben die negativen Wirkungen der Lit. Cont. formell und der Benennung des Rechtsmittels nach sich an das Urtheil knüpften. Durch das Urtheil, soweit es negativ wirkt, bleibt nun Das zerstört, was durch die Lit. Cont. consumirt war, also im Allgemeinen das ganze ursprüngliche Rechtsverhältniß; aber auch das Urtheil zerstört es nur soweit, als die Lit. Cont. es zerstört hatte d. h. auch beim Urtheil bleiben, was seine negative Wirkungen betrifft, die S. 23 f. unter a—c angeführten Milderungen bestehen [34].

Beachtet man dieß gehörig: so erklärt sich auf eine sehr natürliche Weise die Verschiedenheit der Wirkungen verschiedener absolutorischer Urtheile im älteren Röm. Recht. Es kann nämlich ein absolutorisches Urtheil

1. sich auf das Nichtbegründetseyn des klägerischen Anspruchs stützen d. h. der Beklagte wird aus materiellen Gründen, weil er wirklich nichts schuldig sey, freigesprochen.

---

34) Keine Quellenstelle deutet meines Wissens irgend an, daß die negative Wirkung des Urtheils weiter gegangen sey, als die der Lit. Cont. Büchel (a. a. O. S. 109 Not. 3) beruft sich dafür auf *l.* 4 § 3 de nox. act.; allein daß diese Stelle Etwas der Art nicht sagt, ergibt sich aus dem oben Not. 19 Gesagten. Es können vielmehr gerade entschiedene Argumente für das Gegentheil angeführt werden (S. 10 f. 33). Dahin gehört wohl auch, daß beim condemnatorischen Urtheil doch die früher für die ursprüngliche Schuld bestellten Pfandrechte bestehen blieben (*l.* 13 § 4 de pignor.); denn durch die consumirende Wirkung der Lit. Cont. wurden sie nicht aufgehoben (S. 23), ebendeßhalb werden sie auch durch die negative Wirkung des Urtheils nicht aufgehoben; der positive Inhalt des condemnatorischen Urtheils aber, der Ausspruch, daß der Schuldner zahlen müsse, widerspricht dem Fortbestehen der Pfandrechte, bis gezahlt ist, nicht.

Hier wirkte das Urtheil nicht blos negativ, sondern auch positiv d. h. es gilt nun als formelle Wahrheit, daß der Beklagte nichts schuldig sey, und deßhalb, wegen dieser positiven Wirkung, müssen nun hier von der Zeit des Urtheils an die Milderungen wegfallen, welche bei der bloßen negativen Wirkung der Lit. Cont. und des Urtheils galten (die S. 23 f. a—c angeführten). Denn eine Nichtschuld kann keine Accessionen haben (es können also auch weiter keine Accessionen gefordert werden), für eine Nichtschuld kann kein Pfand bestehen (es wird daher das bestellte Pfand durch ein solches absolutorisches Urtheil ungültig [35]), eine Nichtschuld kann nicht mehr zur Compensation gebracht werden, und wird sie später irrthümlich bezahlt: so kann man sie zurückfordern [35a].

2. Anders ist alles Dieses, wenn das absolutorische Urtheil keinen positiven Ausspruch über das Begründetseyn der Schuld des Beklagten enthält. Dieß konnte im älteren Röm. Recht in mehreren Fällen vorkommen, nämlich wenn der Kläger causa cadit oder sein Prozeß tempore moritur. In Beziehung auf diese Fälle ist bei uns viel Streit, ob der Beklagte naturaliter obligatus blieb oder nicht. Allein die Frage dürfte sich wohl einfach lösen lassen. Wenn nämlich der Kläger wegen eines Fehlers in der Formel, durch welchen er eine Pluspetition beging, abgewiesen wurde (causa cadere Not. 14 a. E.): so konnte das Urtheil keineswegs die Erklärung, daß der Beklagte nichts schuldig gewesen sey, keinen positiven Ausspruch über seine Nichtschuld enthalten. Das Urtheil konnte daher auch keine besondere positive Wirkung haben, sondern blos die negative, die schon

---

35) Dieß sagt ganz entschieden D. XX, 6 quib. mod. pign. *l.* 13 und nur so läßt sich jeder scheinbare Widerspruch zwischen *l.* 27 und *l.* 30 § 1 (Not. 36 und 38 citt.) und der eben angef. *l.* 13 heben. Gegen die Ansichten Anderer über diese Stelle s. die XIV. Erört. nach Not. 5.

35a) Dieß wird freilich von den Meisten bei einem mit Unrecht Freigesprochenen bestritten, indem sie annehmen, bei jedem absolutorischen Urtheil bleibe (nach älterem und nach dem neuesten Röm. Recht) der Freigesprochene, wenn und soweit er überhaupt etwas schuldig war, immer noch naturaliter obligatus. Ueber diese Ansicht aber, mit welcher die Entscheidung der *l.* 13 cit. völlig unvereinbar ist, s. unten XIV. Erört.

durch die Lit. Cont. herbeigeführt war. Durch die Lit. Cont. war das Recht des Klägers aus der ursprünglichen Obligation consumirt und bei dieser Consumtion verblieb es nun lediglich, da das Urtheil nichts weiter an die Stelle setzte; aber eben, weil es bei dieser Consumtion blieb, blieben auch die Milderungen, soweit sie noch anwendbar waren, bestehen; welche bei der prozeßualischen Consumtion galten (S. 23 f.). Namentlich konnte daher der Schuldner, wenn er dennoch seine ursprüngliche Schuld zahlte oder gezahlt hatte, sie nicht wieder zurückfordern (denn es war nicht ausgesprochen, daß er nichts schuldig sey); für die nicht gezahlte Schuld blieb das bestellte Pfandrecht bestehen (da eine Nichtexistenz der Schuld nicht ausgesprochen war), so daß der Kläger nun mit der Pfandklage doch zu seiner Befriedigung gelangen konnte [36]. Ganz das Gleiche mußte aus denselben Gründen bei der uns auch erst aus Gajus bekannten s.g. Prozeßverjährung gelten, nach welcher jeder Kläger nach der Lit. Cont. abgewiesen werden mußte, wenn der Prozeß bei judiciis legitimis nicht in 1½ Jahren, bei judiciis imperio continentibus (S. 3) nicht während der Amtszeit des Magistrats, der die Formula gegeben hatte, entschieden wurde [37].

---

36) D. XX, 1 de pign. *l.* 27. Diese Stelle (Fingamus nullam etc.) geht unwidersprechlich davon aus, daß im Falle der Consumtion durch causa cadere die S. 23 f. berührten Modifikationen bestehen bleiben.

37) Gajus IV, § 104, 105 Keller S. 131—165. Der Juder konnte, wenn diese Zeit abgelaufen war, nicht mehr ein Urtheil fällen (das Verhältniß wurde ganz angemessen bezeichnet durch judicium exspirat, lis moritur, perit, litem tempore amittere). Aber das in judicium deducirte Rechtsverhältniß war und blieb durch die Lit. Cont. consumirt und daraus erklären sich dann auch ganz die Wirkungen dieser Prozeßverjährung. — Es konnte daher eine einmal angebrachte und zur Lit. Cont. gediehene Klage in keinem Falle mehr wieder angestellt werden, sie war jedenfalls verlohren. Aber die Wirkungen waren je nach der Verschiedenheit des Falles sehr verschieden. Denn a. wurde der Beklagte condemnirt; so blieb das alte Rechtsverhältniß aufgehoben und ging ganz in die Obligation auf Zahlung der judicirten Geldsumme über; durch Erfüllung der ursprünglich geschuldeten Leistung konnte sich nun der Schuldner nicht mehr befreien, wenn der Sieger nicht zustimmte (S. 6, 26), nur die alten Pfandrechte blieben bestehen (Not. 34); b. wurde die Forderung als wirklich unbegründet verworfen: so konnte sie in keiner Weise mehr geltend gemacht werden; auch die Pfandrechte, wie alle andre Accessionen, erloschen (S 32); c. wurde der

Von Neuem konnte ein solcher Kläger seine Klage nicht anstellen, weil das Rechtsverhältniß durch die Lit. Cont. consumirt war. Natürlich blieben aber die Milderungen, die bei dieser Consumtion galten, auch hier, wie beim causa cadere bestehen, [38].

Auch mit den S. 23 a—o angeführten allgemeinen Milderungen konnte doch der Grundsatz der prozeßualischen Consumtion in einzelnen Fällen noch gar zu sehr zu auffallenden Härten führen, wie aus den S. 11 f. 17 f. angeführten Beispielen hervorgeht, so daß schon das ältere Röm. Recht gegen eine unbedingte Anwendung desselben auf alle Vorkommnisse sich sträubte. Es wurde daher in besonders auffallenden Fällen vielfach auf indirecte Weise gegen die Consequenzen der Consumtion geholfen, namentlich durch Widereinsetzungen in den vorigen Stand oder durch eine doli replicatio oder durch Ertheilen von utiles ac-

---

Klägers wegen dilatorischer Einreden, überhaupt wegen Pluspetition abgewiesen oder ließ er zur Zeit die Klage fallen; so konnte er wegen der proz. Consumtion seinen Anspruch nicht mehr erneuern; es galten aber hier die S. 23 f. angef. Milderungen; d. blieb endlich der Prozeß liegen: so exspirirte er in der Regel in ganz kurzer Zeit und die Wirkung war die unter c angeführte (Not. 38). — Eine Perpetuation der Klage durch ihre Anstellung fand in diesen Zeiten nur sehr uneigentlich statt; es konnte nämlich die Verjährung bei den actiones temporales nach der Lit. Cont. nicht weiter laufen. Wurde aber der Prozeß nicht bald beendet (s. Gajus *l.* c.): so ging er auf die unter d angegebene Weise verlohren.

38) Allerdings blieb nicht die volle Naturalobligation bestehen (z. B. der Bürge des Beklagten wird frei); aber zu weit ist es gegangen, wenn Manche, wie Linde in der Gießn. Zeitschr. II S. 188 Büchel a. a. O. S. 117, jedes Fortbestehen der Wirkungen der Obligation läugnen. Denn die *l.* 30 § 1 IX, 2 ad *l.* Aq. geht bestimmt davon aus, daß in einem solchen Fall die Pfandrechte überhaupt (nicht blos gegen dritte Besitzer, eine Scheidung, welche ohnehin nicht möglich ist) bestehen bleiben und daher durch sie die consumirte Forderung indirect noch verfolgbar sey und dieß läßt sich nur auf die im Texte bemerkte Weise (wie im Fall der Not. 36) erklären. Von dem gleichen Fall wird wohl auch die *l.* 8 § 1 XLVI, 8 rat. rem. zu verstehen seyn (vrgl. Francke Civ. Abhandlungen S. 76 f. Keller S. 159). Ueberhaupt nahm Justinians Commission auch hier wieder in die Pandecten manche Stellen auf, welche auf das Institut der Prozeßverjährung sich beziehen (z. B. außer den angeführten auch D. XLVI, 7 jud. solv. *l.* 2 XLII, 8 quae in fraud. cred. *l.* 3 § 1 IV, 3 de dol. *l.* 18 § 4 und noch Andere, s. Keller S. 139 f.), obwohl zu Justinians Zeiten jene Prozeßverjährung längst untergegangen war (vrgl. Not. 40).

tiones [39] oder halfen sich auch die Parthieen selbst in manchen Fällen durch Cautionen.

III.

Völliges Erlöschen des Instituts. Heutiges Recht.

Mit dem Verschwinden des Unterschiedes zwischen judicia legitima und imperio continentia und des Gebrauches der Klageformeln mußte die ipso jure eintretende prozeßualische Consumtion ganz wegfallen, so daß allgemein nur noch eine indirect durch exceptio rei in judicium deductae oder, wenn es zum Urtheil kam, durch exc. rei judicatae zu bewirkende Consumtion galt, die freilich, wie gesagt, im Wesentlichen nur auf einem Umwege dasselbe wirkte, was die ipso jure eintretende. Allein auch diese indirecte Consumtion wurde allmählig mehr und mehr gemildert (s. z. B. was Justinian in J. IV, 13 de except. § 10 erzählt), und verlohr sich noch vor Justinian in der späteren Zeit des Röm. Rechts größtentheils. Namentlich fielen auch die Fälle weg, in welchen ein absolutorisches Urtheil lediglich blos auf die Wirkungen der durch die Lit. Cont. herbeigeführten proz. Consumtion sich beschränkte, die Fälle des causa cadere und der Prozeßverjährung (S. 32, 33). Denn die Folgen der Pluspetition mußten sich mit dem Untergange des Formelnwesens ändern; sie bestanden nicht mehr im Verluste der Sache (J. de act. § 33 a. E. de except. § 10); die Prozeßverjährung aber mußte sich mit dem Aufhören des Unterschieds zwischen judicia legitima und imperio continentia ändern; sie

---

39) Daraus sind z. B. folgende Stellen zu erklären a. D. XIV, 5 quod cum eo qui in aliena potest. *l.* 4 § 5 XLVI, 1 de fidej. *l.* 27 pr. XLIV, 2 de except. rei jud. *l.* 2 *l.* 11 pr.; b. C. III, 1 de judic. est. 2 D. XXVI, 7 de adm. tut. *l.* 46 § 5; c. D. XIV, 3 de instit. act. *l.* 13 pr. Vgl. hierüber besonders Keller a. a. O. § 61, 64—69. Auch die *l.* 84 XLVI, 3 de solut. scheint hierher zu gehören; s. Fein im Arch. f. civ. Prax. XXVI, S. 374 f. wenn nicht überhaupt Justinians Commission es war, welche die ursprüngliche Fassung der Stelle aus dem in Not. 21 bemerkten Grunde so änderte, wie nun die Stelle in den Pandecten lautet.

erlosch und wurde theilweise durch ganz andere Institute zu ersetzen gesucht [40].

---

40) Einzelne Constitutionen der Imperatoren scheinen in sofern an das alte Institut sich angeschlossen zu haben, als sie Zeiten bestimmten, innerhalb welcher Prozesse über gewisse Klage entschieden seyn müssen, widrigenfalls die Klage nicht mehr solle geltend gemacht werden können z. B. C. Theod. II, 15 cst. 1 (**perpetuo silentio conquiescat**, in Beziehung auf die **actio doli**, wenn sie nicht vom verübten Dolus an in einem Jahre angebracht und von der Anstellung an in 2 Jahren entschieden sey; diese V.O. Constantins steht auch in C. Iust. II, 20 de dol. cst 8 abgekürzt und dahin geändert, die actio doli müsse in 2 Jahren angebracht und entschieden seyn); daß Gleiches auch bei andern Privatklagen in Betreff der Durchführung der Klage stattfand, deutet die angf. cst 1 des Theod. Cod. an. Aehnliche Termine für Fiscalsachen enthalten C. Theod. X, 1 cst. 4, 13 XI, 30 cst. 41; aber sie scheinen blos Vorschriften für den Richter zu seyn und bestimmen kein Präjudiz für den Kläger. Bei späteren ähnlichen Fristen dachte man jedenfalls nicht mehr an die mit der alten Prozeßverjährung in Folge der Lit. Cont. verbunden gewesene Consumtion, so in der Nov. 12 von Valentinian III (wenn der Prozeß nicht in 4 Monaten entschieden wird, soll der Beklagte von der Instanz absolvirt werden und Ersatz der Kosten erhalten, also der Kläger nicht seine Klage verliehren, sondern von Neuem klagen können); ebenso in einer ausführlichen Verordnung Justinians. In dieser (C. III, 1 de jud. cst. 13) setzt er für jeden Prozeß als Regel die Dauer von 3 Jahren fest, aber nur theils als Pflicht des Richters, der bei Verzögerlichkeiten hart gestraft wird, theils als eine Möglichkeit der Parthieen, durch ihr Betreiben die Sache in 3 Jahren zu Ende zu bringen, und so daß in manchen Fällen auch bloße Instanzentbindung eintrat, man also an eine consumirende Wirkung der Lit. Cont., die mit einer bloßen Instanzentbindung gar nicht vereinbar ist, nicht mehr dachte (es ist daher ungeeignet und führt leicht zu Verwirrung, diese letzteren Institute, wie es von Manchen namentlich von Linde am unten anzuf. Orte geschieht, eine Prozeßverjährung zu nennen). Für den Fall aber, wenn keine Parthie die Sache betreibt, somit eben der Prozeß liegen bleibt, war schon längst an die Stelle der alten untergegangenen Prozeßverjährung und ihrer Folgen ein anderes Institut getreten, die **praescriptio XXX vel. XL annorum**, indem Theodosius II bestimmte, daß, wenn nach der Litis Contestation der Prozeß 30 Jahre lang liegen bleibe, jene **praescriptio** eintreten solle (Theod. Cod. IV, 14 cst. un.). Diese Zeit erstreckt Justinian in C. VII, 39 de praesc. XXX vel. XL ann. cst. 9 auf 40 Jahre und zwar so, daß, wenn nach der Insinuation der Ladung (so jedenfalls nach C. VII, 40 de annal. exc. cst. 1 § 1 cst. 3) der Prozeß liegen bleibe, in 40 Jahren von der letzten gerichtlichen (d. h. vom Gerichte oder von einer Parthie vor dem Gerichte vorgenommenen) Handlung an jene **praescriptio** eintreten solle. Vgl. auch Linde in der Gießner Zeitschr. II S. 158—175. 179—186. Diese **praescriptio XL annor.** nennen im angegebenen Falle Viele Verjährung der Litispen-

Die letzten Spuren der prozeßualischen Consumtion, welche sich bis in seine Zeit als bloße Ruinen noch erhalten hatten, suchte endlich Justinian in seiner Gesetzgebung theils durch Weglassungen und Interpolationen [41], theils, wie in C. VIII, 41 de fidej. cst 28, durch ausdrückliche Verfügungen zu tilgen. Deßhalb finden wir auch in Justinians Rechtsbüchern gar keine Erwähnung der exceptio rei in judicium deductae und kennen überhaupt das Princip der prozessualischen Consumtion genauer nicht aus ihnen, sondern erst aus Gajus.

Durch diese allmählig und im neuesten Römischen Recht vollends ganz herbeigeführte Aufhebung des Princips der prozeßualischen Consumtion mußten sich nun für das neueste Röm. Recht die oben ausgeführten Einzelnheiten völlig ändern und die Sache sich auf eine wesentlich andere Weise gestalten, wie sie nun auch in unsrem heutigen Rechte gilt. Gerade aber in dieser Hinsicht dürften die Auffassungen und Vorstellungen sowohl bei den älteren als bei neueren Civilisten Manches vermissen lassen; bei den Aelteren, weil sie eine Reihe von Pandectenstellen mißverstehen mußten, indem die wahre Bedeutung derselben nur durch Aufschlüsse, wie sie uns Gajus erst seit einigen Jahrzehnten gab, erkannt werden konnte; bei manchen Neueren, indem sie theils diese Aufschlüsse nicht gehörig beachteten und benützten, theils dem abgestorbenen Institute der pro-

---

benz und unterscheiden sie besonders von der s. g. Klagenverjährung (so auch Linde a. a. O.). Allein abgesehen davon, daß Verj. der Litispendenz gar kein gehörig bezeichnender Ausdruck ist: so ist jene Verjährung kein drittes Institut, sondern, sofern es sich nicht von einer Ersitzung handelt, nichts anderes, als ein Fall der gewöhnlichen, (freilich auch nicht ganz der Sache entsprechend so genannten) Klagenverjährung d. h. eine Klagenverjährung in dem Falle, wenn nach der durch Einleitung des Prozesses geschehenen Unterbrechung der Verjährung dieselbe durch Liegenbleiben der Sache von Neuem begonnen hat.

41) S. z. B. oben Not. 16, 17, 18 a, 19, 20 a. E., 21, 25, 27, 30 a a. E. Nur war seine Commission hier nicht immer gehörig aufmerksam und nahm auch in die Pandecten unverändert noch einige Stellen auf, die blos Ausflüsse des alten aufgehobenen Rechts enthalten. Vgl. Not. 27. Hierher gehört namentlich auch die vielfach mißverstandene *l.* 84 D. de V. O. (s. S. 41) und die *l.* 57 pr. de solut. (Not. 32).

zeßualiſchen Conſumtion auch im heutigen Recht noch Wirkungen beilegen wollen.

Es wird deßhalb von Wichtigkeit ſeyn, das, was noch jetzt gilt, in genauerer Beziehung zu dem oben näher dargeſtellten Röm. Recht ausführlicher nachzuweiſen.

A. Von einer wahren Novation, welche durch Litis Conteſtation begründet worden wäre, und einer Conſumtion des anhängig gemachten Anſpruchs kann jetzt gar nicht mehr die Rede ſeyn. Zwar wird in den Schriften über unſer heutiges Recht noch häufig das Gegentheil gelehrt. Daß unſre älteren Juriſten gewöhnlich von einer durch die Lit. Cont. bewirkten Novation ſprechen, über dieſe aber freilich nicht recht ins Reine kommen konnten, erklärt ſich, weil ſie die wahre Beziehung der *l.* 29 d. novat. (oben Not. 6) nicht kennen konnten, die wir erſt durch Gajus kennen lernten. Aber auch in den Schriften der neueſten Zeit wird noch für das neueſte Römiſche und unſer geltendes Recht von einer wirklichen Novation geſprochen, welche die Lit. Cont. enthalten ſoll, und finden ſich Anklänge von der prozeßualiſchen Conſumtion und Vermiſchungen derſelben mit dem Geltenden und in der Natur der Sache Liegenden, ſo daß es vollkommen begründet iſt, wenn Francke ſagt: „Wir „ſehen in neueren civiliſtiſchen wie prozeßualiſchen Schriften die „prozeßualiſche Conſumtion der Klagen hingeſtellt und Folgerun„gen daraus abgeleitet, ganz ſo, als ob dieſelbe jetzt geltendes „Recht ſey, ein Verfahren, bei dem leicht zu befürchten iſt, daß „antiquirtes und geltendes Recht zu mißgeſtalteten Theorieen „verſchmolzen wird.“ So, um nur wenige Beiſpiele anzuführen [42],

42) Zu weit gehen in dieſer Beziehung unter Anderen auch Kierulff Civilr. I S. 274 f. Puchta Pandecten. 3 Aufl. § 292, auch Bayer Vorträge über Civilproz. 7. Aufl. S. 336 f. Der Letztere führt a. a. O. in ſieben Nummern (Nr. 2–8) einzelne Wirkungen, welche die Lit. Cont. im neueſten Römiſchen und im heutigen Recht haben ſoll, an (Wirkungen, welche blos in modificirenden Einflüſſen auf das ſtreitige Rechtsverhältniß beſtehen, aber eine wahre Novation deſſelben nicht bilden und nach dem anerkannten Begriffe von Novation im eigentlichen Sinne nicht bilden können) und ſetzt außerdem unter Nr. 1 als erſte Wirkung „Novation der Forderung, über welche Lis conteſtirt wurde.“ Allein daß außer jenen beſonderen Wirkungen, welche keine wahre Novation begründen, die Lit. Cont. im neueſten Römiſchen und in unſerm Recht eine

ſagt ſogar Mühlenbruch (Pandect. § 444) vom heutigen Röm. Recht: „durch die Litis Conteſtation wird immer noch „eine neue Obligation gleichwie durch einen Contract zwiſchen „den Parthieen begründet . . . . Die Litis Conteſtation be„gründet alſo eine Novation, welche zwar das alte Klag„fundament formell zerſtört, materiell aber das Klagrecht „in der Regel verbeſſert.“ Für dieſe formelle Zerſtörung des Klagfundaments wird von Mühlenbruch lediglich angeführt die Stelle aus Gajus, welche von der proz. Conſumtion ſpricht (Gajus III, § 180, 181), als ob von einer Anwendung dieſes Princips im neueſten Röm. Recht und in unſrem heutigen Recht noch irgend die Rede ſeyn könnte! Sieht man aber weiter, was Mühlenbruch als einzelne Wirkungen dieſer angeblichen durch Lit. Cont. herbeigeführten Novation anführt: ſo ſind dieſe Wirkungen theils ſolche, die nach dem neueſten Röm. Recht gar nicht an die Lit. Cont., ſondern ſchon an die Mittheilung der Klage (an die Ladung) geknüpft ſind, theils ſolche, welche eine neue Obligation an der Stelle der alten gar nicht begründen, ſondern blos in gewiſſen Modificationen des Rechtsverhältniſſes, über welches prozeſſirt wird, beſtehen. Allerdings knüpft auch noch das neueſte Röm. Recht an die Lit. Cont. Wirkungen der letzteren Art; durch ſie wird aber die alte Obligation nicht umgewandelt, ſondern nur in manchen Beziehungen verſtärkt, geſichert oder ausgedehnt, z. B. bei gewiſſen Klagen, die auf die Erben an ſich nicht übergehen, dieſer Uebergang geſichert und dergl. (XLII. Erört.), ſo daß von einer wahren Novation gar nicht die Rede ſeyn kann, ſondern blos (und nur in ſehr beſchränkter Beziehung) von Dem, was unſre Doctrin novatio

---

wahre Novation der Forderung begründen ſoll, iſt oben im Texte widerlegt. Sollte aber Bayer unter der Novation blos die von ihm unter Nr. 2—8 angeff. beſonderen Wirkungen verſtanden, alſo blos inſoweit eine ſ. g. cumulative Novation angenommen haben; ſo iſt dann nicht einzuſehen, wie neben dieſen Wirkungen noch als weitere beſondere Wirkung die Novation angeführt wird, und man möchte dann fragen, was denn noch außerdem novirt werde. Wenn dabei Bayer für die Behauptung eines novirenden Einfluſſes der Lit. Cont. auf Sintenis Erläutt. B. I S. 174 verweiſt: ſo iſt zu bemerken, daß Sintenis ſich gerade gegen einen ſolchen Einfluß erklärt.

cumulativa nennt, was aber das Röm. Recht niemals novatio nannte, eben weil dabei das alte Rechtsverhältniß im Wesentlichen unverändert bestehen bleibt.[43].

In ähnlicher Weise, wie Mühlenbruch, sagt, um noch mit einem weiteren Beispiele und in Beziehung auf eine spezielle Frage das Bemerkte zu belegen, v. Madai in seiner Schrift über die Mora § 67: „die purgatio morae ist überhaupt nur „zulässig bis zu erfolgter Lit. Cont.; es erklärt sich dieß aus der „eigenthümlichen Natur der Litis Contestation. Dieselbe enthält „nämlich jederzeit eine Novation" (auch im neuesten Röm. Recht? auch bei uns? — angeführt ist Mühlenbruch Cession S. 35); „an die Stelle der ursprünglichen Obligation ist eine „andere (?) getreten, durch die der Creditor einen bestimmten An„spruch erhält auf omne id, quod officio judicis debetur. „Das Anbieten des Gegenstandes der ursprünglichen Obligation „kann demnach den verklagten morosus nicht mehr von den nach„theiligen Folgen der mora frei machen; denn er offerirt jetzt „nicht mehr omne id, quod creditori debetur." Was hier

43) In einer entgegengesetzten Beziehung ist es zu weit, wenn Bolley Civilproz.-Ordnung Bd. I S. 510 bemerkt, „daß schon gemeinrechtlich nach „unsren heutigen Prozeßgrundsätzen von einer durch Lit. Cont. begründeten „nothwendigen cumulativen Novation nicht mehr die Rede seyn könne." Von einer cumulativen Novation d. h. einem modificirenden Einflusse auf das Rechtsverhältniß, ohne dasselbe selbst irgend aufzuheben und ein anderes an seine Stelle zu setzen (dieß versteht man ja unter cumulativer Novation, indem man dabei dem Worte Novation einen Sinn gibt, den es freilich im Röm. R. nirgends hat), kann allerdings im neuesten Römischen und in unsrem heutigen Recht die Rede seyn; denn einen solchen Einfluß hat ja die Lit. Cont. Nur von von einer wahren Novation kann nicht mehr die Rede seyn und blos von dieser spricht auch die Stelle des Arch. f. civilist. Prax., auf welche Bolley sich beruft. Daß eine exceptio rei in judicium deductae auch in unsrem Recht noch gelte, wie dieß auch v. d. Pfordten im Arch. f. civilist. Prax. Bd. XXIII S. 152 behauptet, ist allerdings richtig, wenn man die s. g. Einrede der Litispendenz so nennen will; denn nur in dieser blos prozeßualischen auf das materielle Recht einflußlosen Beziehung kann bei uns noch von einer exc. rei in jud. deductae die Rede seyn. Uebrigens kennen wir diesen Namen erst aus Gajus; in Justinians Quellen wird diese Einrede nicht berührt; denn die *l.* 5 d. except. rei jud. enthält nicht, wie man gewöhnlich annimmt, eine Spur von ihr. S. v. Bethmann-Hollweg in der Tübinger krit. Zeitschr. f. R.W. Bd. V. S. 85.

Madai sagt, ist eine Verwechslung völlig antiquirten Rechts (und zwar eines Rechts, das schon zu Gajus Zeiten von vielen Röm. Juristen verworfen war) mit noch geltendem, und zudem noch in einer so ausgedehnten Anwendung des antiquirten Rechts, wie sie bei den Römern nicht einmal von denjenigen Juristen gemacht wurde, die ein solches Recht vertheidigten. Zwar beruft sich Madai auf l. 84 D. XLV, 1 d. V. O. Allein diese Stelle ist (wenn sie nicht von einer Conventionalstrafe handelt, in welchem Falle sie dann aber auch kein Beleg für das von Madai Behauptete wäre) gerade nichts Anderes, als eine Spur der starren Art und Weise, wie manche ältere Römische Juristen das Princip der Prozeßconsumtion, aber keineswegs bei allen sondern nur bei gewissen Rechtsverhältnissen, behandeln wollten, und zwar einer Weise, die von anderen Röm. Juristen entschieden verworfen wurde (oben S. 25, 26), und zum Ueberflusse wiederholt noch Justinian ausdrücklich diese Verwerfung (Not. 32).

B. Eine vom Inhalte des gefällten richterlichen Urtheils ganz unabhängige Consumtion des zum Gegenstande des Prozesses gewordenen Anspruchs durch Litis Contestation oder Urtheil kennt das neueste Römische Recht nicht mehr und kennt noch viel weniger unser heutiges Recht. Es kann deßhalb von der oben ausgeführten negativen Function der exceptio rei judicatae in ihrer lediglich durch die consumirende Wirkung der Litis Contestation bestimmten Beziehung, in welcher sie die Stelle der exceptio rei in judicium deductae vertrat, bei uns gar nicht mehr die Rede seyn, und die Spuren, die von einer solchen Function jener Einrede in einzelnen Stellen des Corpus Juris sich noch finden, sind daher bei uns als unpraktisch zu behandeln, wie sie schon im Justinianischen Recht unpraktisch waren. Ebenso wenig kann man in unsrem Recht von einer eigentlichen Novation des zum Prozesse gebrachten Rechtsverhältnisses sprechen, die durch das condemnatorische richterliche Urtheil bewirkt werde.

Sowohl Jenes aber als Dieses scheint nicht gehörig anerkannt zu werden. Seit der Auffindung von Gajus wollen Viele der durch die Lit. Cont. bestimmten negativen Function des richterlichen Urtheils, die dasselbe selbstständig neben seiner positi-

ven hatte, wenigstens in manchen Fällen auch noch im neuesten Römischen und somit in unsrem heutigen Recht Geltung und praktische Bedeutung geben. Man vergleiche nur z. B. v. Vangerow Pandect. § 173 Nr. 1 a und b und Göschen Vorles. § 172 und 165. Und ebenso wird noch ganz gewöhnlich von einer Novation gesprochen, welche das richterliche Urtheil bewirke. Allein bei genauerer Betrachtung der Sache dürfte sich sowohl das Eine wie das Andere als unrichtig ergeben.

Im neuesten Römischen wie in unsrem heutigen Recht kann blos von der oben S. 8 berührten positiven Function des richterlichen Urtheils und blos insoweit von einer negativen, als überhaupt in jedem Positiven, wenn es ausschließlich gesetzt wird, eine Negation alles Anderen liegt, die Rede seyn. Diese positive Function besteht darin: der Inhalt des rechtskräftigen Urtheils gilt pro veritate; Das, was das Urtheil aussagt und feststellt, gilt von jetzt an unter den Parthieen und ihren Rechtsnachfolgern; das zur Entscheidung gebrachte Rechtsverhältniß gilt also gerade in der Art unter ihnen, wie es durch das Urtheil ausgesprochen worden ist. Diese positive Function ist aber natürlich exclusiv d. h. nur dieser Inhalt gilt unter den Parthieen, sofern das Urtheil über das zum Prozesse gebrachte Recht selbst einen Ausspruch enthält; das ursprüngliche Rechtsverhältniß kann gerade so, aber auch nur insoweit, wie es durch das Urtheil festgestellt ist, unter den Parthieen geltend gemacht werden. Deßhalb kann namentlich durch die exc. rei judicatae jede Erneuerung der prozeßualischen Verhandlung über den frühern Anspruch abgewiesen und auf die Existenz der schon gegebenen richterlichen Entscheidung und den positiven Inhalt derselben, der die Sache auf eine unumstößliche Weise feststelle, provocirt werden. Dieß ist die positive Wirkung oder Function des richterlichen Urtheils (mit dem Negativen, das in jedem exclusiven Positiven liegt). Außerdem hatte nach dem älteren Röm. Recht das Urtheil noch eine zweite selbstständige negative Function, welche von seinem positiven Inhalte ganz unabhängig war, indem auf das Urtheil, wie es auch lauten mochte, jedenfalls die consumirende Wirkung, welche die Lit. Cont. auf das Rechtsverhältniß hatte, übergetragen wurde (d. h. wenn es zum Urtheil kam, konnte die exc. rei jud.

auch dazu benützt werden, jene Wirkung der Lit. Cont. geltend zu machen) und daher, wenn es einmal zur Lit. Cont. gekommen war, das alte obligatorische Rechtsverhältniß nicht mehr anderweit geltend gemacht werden konnte. Allein diese besondere Wirkung (soweit sie nicht schon im positiven Inhalt des Urtheils liegt) kann bei uns ein richterliches Urtheil aus dem einfachen Grunde nicht mehr haben, weil sie blos die Folge eines untergegangenen Instituts, der durch Litis Contestation bewirkten prozessualischen Consumtion, war.

Dieses Resultat bestätigt sich, sowohl wenn man die einzelnen Hauptgattungen der Urtheile, als wenn man die einzelnen praktischen Folgen, welche die alte prozessualische Consumtion hatte, ins Auge faßt.

Was zunächst das Erstere betrifft: so

1. kennt unser heutiges Recht, wie schon das Justinianische, absolutorische Urtheile mit einer blos consumirenden Function (S. 32 Nr. 2) nicht. Wird man auf eine verzögerliche Einrede zur Zeit oder auf eine ungeschickt abgefaßte Klage angebrachtermaaßen abgewiesen: so hat das Urtheil blos die positive Wirkung, die in seinem Inhalt ligt d. h. solange das Hinderniß, wegen dessen man abgewiesen wurde, besteht oder der Fehler nicht berichtigt ist, kann man den Prozeß nicht erneuern; ist aber das Hinderniß weggefallen oder der Fehler berichtigt: so kann ohne Weiteres die alte Klage wieder erhoben werden; sie ist weder durch die Litis Contestation noch durch das Urtheil des früheren Prozesses consumirt worden. Dieß wird auch allgemein zugestanden [44].

---

44) Vgl. auch unten Nr. III. Nur in einem Falle ist das Verhältniß auch jetzt noch dem ähnlich, welches im älteren Röm. R. beim causa cadere (S. 32) eintrat, nämlich wenn der Beklagte blos eine solche Einrede hat, welche nicht gegen das Recht des Klägers an sich, sondern blos gegen die Klagbarkeit dieses Rechts geht. Wird der Kläger blos auf eine solche Einrede hin abgewiesen: so wirkt natürlich das Urtheil blos gegen diese Klagbarkeit, aber nicht gegen das Recht an sich; z. B. wenn Jemand ein einem Haussohne gegebenes Geld darlehen einklagt und mit der exc. SC. Maced. abgewiesen wird; denn hier wird nicht ausgesprochen, daß der Gläubiger kein Recht an den Haussohn habe; sondern nur, daß er dieses Recht nicht klagend verfolgen könne; die obligatio naturalis bleibt hier unangetastet.

2. Wird der Kläger abgewiesen, weil das von ihm in Anspruch genommene Recht sich als nicht begründet erwies: so handelt es sich auch hier blos vom positiven Inhalt des Urtheils und dessen Folgen. Der Ausspruch, daß der Anspruch des Klägers nicht begründet und der Beklagte nichts schuldig sey, gilt nun pro veritate, und nur soweit in diesem Positiven auch ein Negatives liegt, hat das Urtheil auch eine negative Function. Würde daher der Kläger seinen alten Anspruch wiedet vor Gericht erneuern: so kann der Beklagte mit der exc. rei jud. jede weitere den alten Prozeß erneuernde Verhandlung darüber einfach abweisen (J. de except. § 5), weil Etwas, was jenem positiven Inhalt des Urtheils widerspricht, nicht mehr verfolgt werden kann. Neben dieser Wirkung des Urtheils besteht aber nicht noch ein von dem Inhalt des Urtheils ganz unabhängiges selbstständiges negatives Element desselben, wie im älteren Römischen Recht. Dieß wird nun aber gerade für manche Fälle geläugnet. Namentlich behaupten Manche noch jetzt die Geltung eines solchen Elements in dem Falle der l. 7 pr. D. XLIV, 2 de exc. rei jud., weil hier allgemein gesagt ist, wer mit der Klage auf das Ganze abgewiesen worden sey, könne stets, wenn er nachher einen Theil davon fordern wolle, mit der exc. rei jud. zurückgewiesen werden. So sagt z. B. v. Vangerow Pandect. I § 173 Nr. 1 S. 205, diese Entscheidung lasse sich allerdings aus der positiven Function der exc. r. j. nicht ableiten, „weil es sich sehr wohl vertrage, daß Jemand nicht Eigen„thümer des Ganzen, wohl aber eines einzelnen Theils sey, so „daß also die spätere Klage mit dem Resultat des früheren Ur„theils gar nicht im Widerspruche stehe; wohl aber recht„fertigen sich jene Entscheidungen aus der negativen „Function der exc. r. j., weil der Kläger, indem er das Ganze „einforderte, sein ganzes Recht in judicium deducirt habe, wo„durch dann auch eine Consumtion dieses ganzen Rechts herbei„geführt werden müsse.“ Vergleicht man, was hier Vangerow sagt, mit Dem, was er auf der unmittelbar vorhergehenden Seite bemerkt: so muß man annehmen, daß er hier noch geltendes Recht geben wollte. Allein wenn Jenes noch gelten würde: so müßte man überhaupt die prozeßualische Consumtion noch für

ein praktisches Institut erklären, während Justinian ganz entschieden von dem Gegentheil ausgeht; man müßte sie gerade für Fälle noch als praktisch erklären, in welchen Justinian und schon ein Vorgänger vor ihm ganz speciell sie für unpraktisch erklärten.

Wenn nämlich der Richter ausspricht, daß der Kläger gar kein Recht in Beziehung auf den in Anspruch genommenen Gegenstand habe (also weder aufs Ganze noch auf einen Theil): so kann allerdings der Kläger später auch nicht einmal einen Theil des Eingeklagten fordern; denn hier steht ihm schon der positive Inhalt des Urtheils, welches erklärt, daß er überhaupt gar nichts zu fordern habe, entgegen, und der Beklagte kann mit der exc. r. j. diesen Inhalt geltendmachen [45]. Wer z. B. mit der **hereditatis petitio** die ganze Erbschaft verlangte und abgewiesen wurde, weil er gar nicht Erbe sey, kann natürlich später nicht wieder wegen eines Theils der Erbschaft gegen den früheren Beklagten auftreten. Völlig anders ist es dagegen, wenn der Richter die Klage blos theilweise unbegründet findet, also den Kläger deßhalb abweist, weil er auf das Ganze geklagt habe, während dieses nicht in seiner ganzen Ausdehnung ihm zustehe; z. B. wenn Jemand mit der Erbschaftsklage die ganze Erbschaft vom Besitzer verlangt, der Richter ihn aber mit dieser Klage abweist, weil er nicht Erbe des Ganzen sey. Hier geht der positive Inhalt des Urtheils blos dahin, daß dem Kläger nicht am ganzen Nachlasse ein Erbrecht zustehe, und diesen Inhalt kann jedenfalls der Beklagte, falls wieder ein Anspruch auf das Ganze gegen ihn erhoben würde, mit der exc. rei jud. geltendmachen. Allein dieser positive Inhalt des Urtheils (und die Negation, die lediglich aus ihm folgt), hindert den Kläger nicht, später mit einer neuen Erbschaftsklage sein theilweises Erbrecht zu verfolgen, eben weil er dadurch mit dem Inhalt des Urtheils durchaus nicht in Conflict kommt. Hier trat aber nun im älteren Röm. Recht die vom Inhalt des Urtheils völlig unabhängige negative Wirkung der Litis Contestation (die in

45) Nur ist hier wohl zu beachten, was Theil des Geforderten ist und was nicht in die Kategorie eines Theils gehört (Not. 16). Bangerow scheint auch Dieses nicht gehörig zu unterscheiden, wie aus seinem Beispiele mit den Balken eines Schiffes zu schließen ist.

der Benennung des Rechtsmittels dann auch auf das erfolgende Urtheil übergetragen wurde) entgegen; denn durch die Lit. Cont. war der ganze in jus deducirte Anspruch consumirt und konnte, wie auch das Urtheil lauten mochte, später nicht mehr verfolgt werden; dieser Anspruch erstreckte sich aber über die Erbschaft überhaupt und so war daher jeder die Erbschaft betreffende Anspruch verlohren. Aus diesen Principien flossen die Entscheidungen der von Vangerow angeführten Stellen. Allein wenn man auch ganz davon absehen wollte, daß diese letztere Wirkung mit der alten prozessualischen Consumtion überhaupt fallen mußte: so scheint übersehen zu werden, daß Justinian noch ausdrücklich jene Wirkung für aufgehoben erklärte. Wer nämlich ein Recht auf einen Theil hat, aber das Ganze einklagt, begeht eine Pluspetition und nach den Grundsätzen des ältern Römischen Rechts mußte diese nicht blos den Verlust des vorliegenden Prozesses, sondern auch den Verlust der Möglichkeit, mit einer berichtigten Klage aufzutreten, nach sich ziehen (S. 13); Justinian aber erklärt (J. de act. §. 33, 24), daß schon durch Kaiser Zeno diese Folgen der Pluspetition aufgehoben worden seyen, und bestimmt für den genannten Fall als nachtheilige Folge für den Kläger nur den dreifachen Ersatz des dem Beklagten durch die Pluspetition etwa zugegangenen Schadens. Der Richter hat daher in einem solchen Fall in der Hauptsache dem Kläger den Theil zuzuerkennen, auf den sich wirklich sein Recht erstreckt, und sollte er ihn auch angebrachtermaaßen abweisen: so wird dem Kläger dadurch nicht benommen, mit einer berichtigten und auf den ihm zukommenden Theil beschränkten Klage nachher wieder aufzutreten, eben weil hier von einer prozessualischen Consumtion des Rechts des Klägers nicht weiter die Rede seyn kann. Wir müssen daher Stellen, wie die *l.* 7 cit. und ähnliche, vom Standpunkte des Justinianischen und heutigen Römischen Rechts aus durchaus in dem Sinne nehmen, daß sie nun nur von solchen Fällen gelten, in welchen der Kläger aus dem Grunde abgewiesen wurde, weil er überall gar kein Recht in Beziehung auf den Gegenstand habe [46].

46) Würde man Das zugeben, was Vangerow behauptet: so müßte man auch bei einer Forderung, welche auf jährliche Leistungen geht, wenn die Forde-

5. Auch das condemnatorische Urtheil wirkt bei uns nicht weiter, als in seinem positiven Inhalte liegt (s. unten Lit. C., besonders Nr. 2 u. 4). Dieß wird auch hier meist zugegeben. Dagegen wird noch viel von einer Novation gesprochen, die ein solches Urtheil enthalten soll. Allerdings setzte zur Zeit des Röm. Formularprozesses das condemnatorische Urtheil an die Stelle der ursprünglichen Obligation in der Regel eine ganz andere, so daß in den Fällen der ipso jure eintretenden prozeßualischen Consumtion hier eine wahre Novation vorhanden war; die ursprüngliche Obligation, aus der geklagt wurde, wird durch die Lit. Cont. consumirt und an ihre Stelle, worauf sie auch gehen mochte, eine bedingte Obligation auf Geld gesetzt und diese durch das condemnatorische Urtheil purificirt. Dieß fiel schon zu Justinians Zeiten beinahe ganz weg; die Lit. Cont. erzeugte keine Consumtion der ursprünglichen Obligation mehr und der Richter hatte, wenn die Klage begründet gefunden wurde, in der Regel auf die Leistung des ursprünglich geschuldeten Gegenstandes zu erkennen (H. II S. 20), und bei uns gilt das Letztere ganz allgemein (H. II S. 26). Hiernach kann vom Standpunkte des neuesten Röm. Rechts und vollends vom Standpunkte unsres heutigen Rechts nicht mehr von einer eigentlichen Novation durch richterliches Urtheil [46 a] gesprochen werden. Zwar sagt selbst noch Savigny System V S. 525 vom neuesten Römischen und vom heutigen Recht: „das rechtskräftige Urtheil enthält der Sache „nach eine wahre Novation, da es sogar den ursprünglichen „Anspruch ganz umbilden kann; es führt auch geradezu den „Namen novatio;" angeführt wird dafür cst. 3 pr. C. VII, 54 de usur. rei jud. Würde es der Sache nach eine wahre Novation enthalten: so wären damit manche Bestimmungen des

---

rung überhaupt bestritten und deßhalb eingeklagt wird, behaupten, daß der Kläger, wenn auf Zahlung der fälligen Leistungen gesprochen wird, das Recht auf die später fällig werdenden verlohren habe, „weil ja das ganze Recht in jud. „deducirt sey und somit eine Consumtion des ganzen Rechts herbeigeführt wer„den müsse," was doch wohl Niemand für unser praktisches Recht mehr annehmen wird.

46 a) Auch im älteren Röm. Recht wurde die Novation nicht erst durch das Urtheil sondern durch die Litis Contestation begründet. S. 6 f. 9.

neueſten Röm. Rechts, namentlich die cst. 28 de fidejussorib., ganz unvereinbar. Allerdings kann durch das Urtheil der urſprüngliche Ausſpruch des Klägers umgebildet werden, ſoweit er ſich nämlich theilweiſe unbegründet zeigt; allein davon handelt es ſich bei der Frage von einer Novation nicht, ſondern blos davon, inwieweit das urſprüngliche Recht des Klägers aufgehoben und ein anderes an ſeine Stelle geſetzt wird. Auf dieſes Recht wird bei uns ſtets erkannt, ſoweit es von dem Richter als begründet erfunden wird; ſoweit er es aber, ſey es mit Recht oder mit Unrecht, nicht als begründet erfindet und daher auf ein Weniger als angeſprochen wurde erkennt, kann man dieß doch vom Standpunkte des Geſetzes aus nicht eine Umwandlung des urſprünglichen Rechts nennen; denn es iſt nun, da das rechtskräftige Urtheil formelle Wahrheit bildet, eben anzunehmen, daß das Recht urſprünglich in einer anderen Weiſe gar nicht beſtanden habe; das Urtheil iſt dann nur eine Zurückführung des Anſpruchs auf den eigentlichen Beſtand des Rechtsverhältniſſes, ein Ausſpruch des wahren Inhalts des Letzteren, entkleidet von den unrichtigen und unbegründeten Zuthaten, welche der Kläger in ſeiner Klage ſeinem Anſpruche beigefügt hatte. Was aber die von Savigny angeführte cst. 3 betrifft: ſo dürfte dieſe gerade beweiſen, daß Juſtinian nicht mehr vom Geſichtspunkte einer eigentlichen Novation ausging. Wenn nämlich Jemand Kapital und Zinſen einklagte und der verurtheilte Beklagte nicht zur rechten Zeit das im Urtheil ihm Auferlegte zahlte und nun die Frage von den usurae rei judicatae entſtand: ſo mußte im älteren Röm. Recht der Verurtheilte hier der Sache nach Zinſen auch aus den Zinſen bezahlen; denn der Juder mußte in ſeinem Urtheil auf eine beſtimmte Geldſumme, auf den ganzen Betrag von Kapital und Zins in einer Summe erkennen und dieſe ganze Summe, auf welche nun die neue durch Lit. Cont. und Urtheil begründete Obligation ging, mußte nun vom Beklagten, wenn er die geſetzliche Zahlungsfriſt verſäumte, verzinst werden. Für die Zeiten des ſpäteren Röm. Rechts war aber ein ſolches Verfahren unzuläßig und deßhalb ſagt Juſtinian, ſichtlich in Rückſicht auf das ältere Recht, wenn auch novatur

judicati actione prior contractus: so müsse man doch das ursprünglich geschuldete Kapital und die Zinsen genau trennen und blos von Jenem, nicht aber von Diesen, seyen usurae rei judic. zu zahlen. Ueberhaupt aber konnte gerade für Fälle solcher Art Justinian von einer eigentlichen Novation nicht ausgehen, da nach seinen Bestimmungen da, wo es sich von Sachleistungen handelt, nicht auf ihren Geldwerth, sondern auf die Sachleistung selbst zu erkennen ist.

Allerdings ist die judicati actio, welche aus dem condemnatorischen Urtheil entspringt, etwas Neues, und nur insofern, als sie dieses ist, kann man uneigentlich von einer Novation des alten Rechtsverhältnisses in Folge des Urtheils sprechen. Zwar ist es das alte ursprüngliche Rechtsverhältniß, welches ungeändert bestehen bleibt, soweit es im Urtheil begründet erfunden wurde. Allein mit der alten Klage kann der Kläger den Anspruch, über welchen erkannt wurde, nicht erneuern (sie könnte durch eine exceptio rei judic. abgewiesen werden). Dieß aber nicht deßhalb, weil sein altes Rechtsverhältniß consumirt wäre, sondern weil er dadurch wieder zweifelhaft machen und einer neuen Untersuchung unterwerfen würde, was durch das Urtheil als ganz unzweifelhaft und formell wahr festgestellt ist, weil er also den positiven Inhalt des Urtheils angreifen würde. Durch das Urtheil aber bekommt er eine neue formelle vom Staate festgestellte und geschützte Anerkennung seines Rechts, welche nun die alleinige Norm für sein Rechtsverhältniß bildet, und um dieses geltend zu machen, wird ihm eine besondere Klage, eine persönliche judicati actio gegeben — allerdings ein neues Rechtsmittel, aber lediglich um gegen den Beklagten die alte Obligation, nur ohne neue prozeßualische Verhandlung derselben, zu verfolgen, soweit sie wirklich für begründet erkannt war. Während daher die judicati actio im älteren Röm. Recht das Rechtsmittel aus der neuen, durch Lit. Cont. und Urtheil begründeten, stets auf Geld gehenden Obligation war, ist sie in unsrem Recht nur das neue Rechtsmittel, das dem Kläger in Folge des richterlichen Urtheils gegeben wird, um seinen ursprünglichen Anspruch, soweit er als begründet erfunden wurde, mit dem

Ansehen, welches einem rechtskräftigen Urtheil zukommt, gegen den frühern Beklagten geltend zu machen [47].

47) Eben deßhalb, weil die judicati actio ein neues Rechtsmittel ist, muß sie auch einer besonderen Verjährung unterliegen und zwar nach den allgemeinen Grundsätzen des späteren Röm. Rechts einer dreißigjährigen. Bleibt daher nach dem Urtheil die Sache liegen: so tritt nicht, wie Manche glauben, die in der Not. 40 angeführte vierzigjährige s. g. Verjährung der Litispendenz (in Folge der Perpetuation der zum Prozeß gebrachten Klage) ein. Dieß liegt auch schon in der cst. ult. C. VII, 54 de usur. r. j. und in der cst. 9 VII, 39 de praescript. 30 ann. Namentlich geht in der Letzteren Justinian davon aus, daß diese vierzigjährige Verjährung nur eintrete, wenn die Parthieen inoitantitate in medio tempore exhibita lites non ad certum finem produxerint. Dieß kann man aber in der That nicht von einem Falle sagen, in welchem es wirklich zum rechtskräftigen Urtheil also zur endlichen Entscheidung gekommen war. Einen Mittelweg vertheidigen in dieser Beziehung Linde in der Gießner Zeitschr. Bd. II S. 180, 181 und Hefftter Civilproz. 2 Ausg. §. 517 Not. 62. Bekanntlich kann nämlich nach rechtskräftigem Urtheil der obsiegende Kläger durch eine einfache imploratio officii judicis Execution verlangen; wenn aber der Verurtheilte Einwendungen gegen die Execution macht, z. B. indem er behauptet, die Schuld bereits nach Fällung des Urtheils bezahlt zu haben oder auf andere Weise von ihr inzwischen befreit worden zu seyn: so entsteht wieder ein förmlicher Prozeß, in welchem mit der judicati actio der Kläger das Judicat durchzufechten hat. Nach Linde und Hefftter nun soll jene imploratio off. jud. vierzig Jahre lang zulässig seyn, d. h. auf sie, die Klagenperpetuation angewendet werden, dagegen die judicati actio schon in dreißig Jahren verjähren. Allein dagegen dürfte, abgesehen von dem schon Angeführten (vgl. nun auch Alverus die Denunciation ꝛc. S 283), namentlich Folgendes streiten: Die imploratio off. jud. ist eigentlich ganz dasselbe Rechtsmittel, wie die judicati actio: sie vertritt die Letztere, wenn die Execution keinen Aufschub hat; die judicati formula wurde nur gegeben, wenn vom Beklagten die Existenz oder Gültigkeit des Judicats geläugnet oder ein sonstiger Einwand gegen seine Zahlungspflicht vorgebracht wurde und deßhalb die Einleitung eines neuen Prozesses nöthig war (vgl. Hollweg Proz. S. 323). Hiernach kann unmöglich in Beziehung auf Verjährung in diesen Fällen Verschiedenes gelten. Auch würde ein ganz eignes Resultat sich aus jener Ansicht ergeben. Wenn z. B. der Kläger nach erlangtem Urtheil die Sache liegen läßt und erst 35 Jahre nachher mit einer impl. off. jud. auf Execution auftritt: so würde nach jener Ansicht das Recht des Klägers nicht verjährt seyn, wenn der Beklagte keine Weiterungen gegen das Recht zur Execution an sich macht; allein wenn er Weiterungen macht, Einwendungen vorbringt und nun die Sache in einen Prozeß eingeleitet werden müßte: so wäre nun das Recht des Klägers verjährt, weil er jetzt mit der actio judicati sein Recht durchzusetzen suchen müßte! Zwar behandelt Hefftter a. a. O. § 272 die Imploration und die actio judicati als

Das unter A und B (S. 38, 41 f.) Ausgeführte bestätigt sich noch besonders, wenn man die einzelnen praktischen Folgen, welche das Erlöschen des Instituts der prozessualischen Consumtion hat, und die speziellern Bestimmungen ins Auge fasst, welche hierüber das Justinianische Recht enthält.

C. Was nämlich die oben ausgeführten einzelnen praktischen Folgen aus dem Princip der Prozessconsumtion betrifft: so gilt hierüber im neuesten Römischen Recht und bei uns Folgendes:

1. Wenn der Kläger in Folge einer dilatorischen Einrede nach der Lit. Cont. abgewiesen wird: so kann er, wenn später der Grund der Einrede weggefallen ist, die alte Klage wieder ganz gültig anstellen und durchführen, z. B. wenn er deßhalb, weil der festgesetzte Zahlungstag noch nicht eingetreten war, abgewiesen wurde, nach Ablauf des Tages wieder klagen. Dieß bestimmte schon Kaiser Zeno und Justinian bestätigte es ausdrücklich (J. de except. § 10, de act. § 33 a. E.), und zwar eben deßhalb, weil sie die prozessualischen Consumtionen verwarfen; denn mit dem alten Princip dieser Consumtion war dieß unvereinbar (S. 11). Es haben daher im neuesten Röm. Recht und bei uns die verzögerlichen Einreden die beschränkte Beziehung, die sie im älteren Röm. Recht hatten, wesentlich geändert und ausgedehnt; sie sind nun Einreden, durch welche, wenn es auch zur Litis Contestation gekommen und der Prozeß bis zu einem Urtheil verhandelt worden ist, der Kläger doch blos temporär abgewiesen wird, so daß er, wenn später der Grund der Einrede wegfällt, wieder von Neuem klagen kann.

---

zwei dem Kläger lediglich electiv zukommende ganz verschiedene Rechtsmittel. Allein davon geben die Quellen nicht aus und es wäre auch hier wieder eigen, wenn zwei Rechtsmittel, welche lediglich dasselbe Fundament haben und lediglich dazu dienen, Execution des richterlichen Urtheils zu bewirken, in Beziehung auf Verjährung verschieden behandelt würden. Ueberhaupt aber konnte schon zu Justinians Zeiten von einer eigentlichen auch nur formellen Unterscheidung jener beiden Wege mit verschiedenen Wirkungen derselben nicht die Rede seyn, da es zu seiner Zeit weder Klagenformeln, noch Verfahren vor dem Iudex mehr gab und eben die impl. off. jud. von selbst in den eigentlichen Judicatsprozeß überging, sobald der Beklagte gegen das Judicat Einwendungen erhob, und in unserem heutigen Prozesse muß dieß noch mehr der Fall seyn.

2. Aus der eben angeführten Bestimmung folgt von selbst, daß, wenn der Kläger seine Klage, über die es zur Lit. Cont. kam, zur Zeit fallen läßt, um sie später, sey es ihrem ganzen Gegenstande oder einem Theile desselben nach, wieder anzustellen oder aus demselben Rechtsverhältnisse eine andere Klage zu versuchen, er hieran durch eine prozeßualische Consumtion nicht gehindert wird; denn der Grund, aus welchem dieß nach dem älteren Röm. Recht unzulässig war, die prozeßualische Consumtion, ist weggefallen, und er muß in einem solchen Fall seine Klage erneuern können so gut oder eigentlich noch weit mehr, als er es nach den angeführten Quellenstellen in dem Fall kann, wenn er wegen dilatorischer Einreden zur Zeit abgewiesen wurde [48].

---

48) Etwas Anderes ist es natürlich, wenn und soweit im Fallenlassen der Klage ein Verzicht auf das Recht selbst oder auf die Klage liegt. In dieser Beziehung muß man aber wohl unterscheiden: a. Der Kläger kann eine Klage zur Zeit vorerst fallen lassen (nur muß er dem Beklagten die Prozeßkosten ersetzen), um sein Recht später, sey es durch dieselbe oder eine andere Klage oder auch excipiendo in einem anderen Rechtsstreite (s. z. B. den Fall, welchen v. Lindeloff in der Gießn. Zeitschr. V S. 413 anführt) geltend zu machen. In einem solchen Fall kann übrigens der Beklagte wenn er will verlangen, daß die Sache zu einem Ende komme, also daß der Kläger entweder auf diese Klage ganz verzichte oder daß über die Sache fortgehandelt werde, außer der Kläger wollte statt der vorerst fallen gelassenen Klage sofort eine andere anstellen, welche für jene präparatorisch oder präjudiciell ist, z. B. wenn der Kläger communi dividundo klagt, das Eigenthum ihm bestritten wird und er nun vorerst jene Klage fallen läßt, um die rei vindicatio partiaria anzustellen (vrgl. auch v. Lindeloff in der Gießn. Zeitschr. V S. 414 f.). Zwar ist es bestritten, ob der Beklagte, wenn der Kläger seine Klage zur Zeit fallen lassen will, Fortverhandlung und Entscheidung der Sache oder Verzicht auf die Klage verlangen kann (s. z. B. die verschiedenen Ansichten bei Sintenis Civilr. Bd. I S. 331). Allein schon die Bestimmungen über Ungehorsam des Klägers (Kammer G.O. v. 1555 III, 42 § 2, 3. J.R.A. v. 1654 § 44. Württ. Landr. I; 12 § 9. IV Org. Edict v. 1818 § 127, 429) dürften für die Bejahung der Frage seyn (v. Lindeloff a. a. O.); denn sonst würde es dem Kläger freistehen, gegen den Willen des Beklagten ungehorsam zu seyn, wenn er nur erklären würde, er wolle vorerst eben die Sache nicht weiter verfolgen (s. auch Bolley Civ.Proz.O. I S. 403 Nr. 11). — Im Zweifel ist, wenn der Kläger seine Klage fallen lassen zu wollen erklärt, anzunehmen, daß er sie nur zur Zeit fallen lassen wolle. b. Wenn der Kläger seine Klage überhaupt, also nicht blos zur Zeit, fallen lassen zu wollen erklärt, sie unbedingt aufgibt, auf sie verzichtet: so liegt hierin nicht

3. Die S. 13 f. ausgeführten Folgen der Pluspetition waren schon im Justinianischen Recht weggefallen, gelten daher auch bei uns

---

blos, wie im vorigen Falle, ein Verzicht auf den begonnenen vorliegenden Rechtsstreit, sondern auf einen Rechtsstreit über die Klage überhaupt, auf das Recht selbst, soweit es aus dem Grunde, auf den diese Klage sich stützte, geltend gemacht werden sollte, d. h. der Kläger erklärt dadurch den Gegenstand, welchen er in Anspruch nahm, aus dem Grunde, aus welchem er ihn in Anspruch nahm, nicht weiter verfolgen zu wollen, und die Sache ist nun so zu behandeln, als ob der Beklagte in Beziehung auf diesen Grund freigesprochen worden wäre, und Derselbe kann auch verlangen, nun ausdrücklich absolvirt zu werden. Ob der Kläger den Endzweck, welchen er gegen den Beklagten durch die verzichtete Klage verfolgen wollte, nun später noch in anderer Weise verfolgen kann, dabei kommt es dann ganz auf die Grundsätze über **res judicata** an. Stelle ich z. B. gegen Den, der meine Sache besitzt, die Commodatsklage auf Herausgabe derselben an, finde aber im Laufe des Prozesses, daß ich das Commodat nicht werde beweisen können, und verzichte deßhalb auf jene Klage: so kann ich doch nachher gegen ihn die **rei vindicatio** wegen der Sache anstellen. Verzichte ich gegen den Hausvater auf die **actio de in rem verso**: so kann ich doch nachher gegen ihn **de peculio** klagen. Klage ich gegen den A aus einem Darlehen aus dem Grunde, weil ich es in seinem Auftrage seinem Vermögensverwalter B gegeben habe, und verzichte im Laufe des Prozesses auf diese Klage: so kann ich gegen ihn die Forderung doch immer noch aus einem anderen Fundamente einklagen; z. B. weil das Darlehen, das ich dem Vermögensverwalter B gab, in den Nutzen des A verwendet worden sey; denn würde ich auch im ersten Falle durch Urtheil abgewiesen worden seyn, weil ich den Auftrag nicht beweisen konnte: so würde der zweiten Klage die **exceptio rei judic.** nicht entgegenstehen. Nur wenn ich bei der Klage aus dem Auftrag deßhalb abgewiesen worden wäre, weil ich überall ein dem B gegebenes Darlehen nicht erweisen konnte: so könnte ich die zweite Klage nicht mehr anstellen. Allein da der Verzicht im Zweifel streng auf die Klage zu beschränken ist, wie sie begründet wurde: so kann man aus der letzteren Möglichkeit nicht auf die Ausdehnung des Verzichts argumentiren. Hiernach ist wohl näher zu bestimmen, was Bolley Civilproz.O. I S. 430, 431 sagt, was aber im Wesentlichen von dem von mir Behaupteten nicht verschieden zu seyn scheint, sofern nur beachtet wird, daß das bloße „Fallenlassen" einer Klage im Zweifel auf ein bloses zeitiges Fallenlassen zu beziehen, also im Sinne von Litt. a zu nehmen ist (was Bolley a. a. O. S. 402 f. sagt, bezieht sich nicht auf ein solches Fallenlassen, sondern auf den Fall von b, was wohl genauer hätte unterschieden werden sollen). c. Erklärt der Kläger, auf sein Recht selbst zu verzichten: so kann dieß in verschiedenem Sinne genommen werden. Ist der Verzicht auf das Recht überhaupt gerichtet, das man etwa gegen den Beklagten habe, so kann man allerdings dieses Recht gegen ihn auch nicht mehr aus einem anderen Fundamente geltend ma-

nicht mehr; denn sie bestimmten sich lediglich durch die Klagformeln und die prozessualische Consumtion, also durch zwei Institute, welche schon im Justinianischen Recht untergegangen waren. Auch sagt dieß übrigens Justinian noch ausdrücklich (J. de act. § 33, 24). Namentlich folgt hieraus: Wenn Jemand, dem nur ein Recht auf einen Theil zusteht, das Ganze einklagt: so ist ihm dieß jetzt für sein Recht, soweit ihm wirklich ein Solches zusteht, unnachtheilig. Denn entweder spricht ihm der Richter, was das Angemessenste ist, den ihm gebührenden Theil wirklich zu und weist ihn nur wegen des mehr Geforderten ab, wodurch er dann vollständig bekommt, was sein Recht mit sich bringt; oder weist ihn der Richter angebrachtermaßen ab, weil er zu viel forderte und ihm der Gegenstand in der Ausdehnung, in der er gefordert wurde, nicht gebühre; in diesem Fall kann er dann eben so gut, wie in den unter Nr. 1 angeff. Fällen, immer noch auf den Theil klagen, der ihm wirklich gebührt, eben weil von einer prozessualischen Consumtion hier nicht mehr die Rede ist (S. 44 f.) und der positive Inhalt des Urtheils, der allein gilt und wirkt, der Klage auf einen Theil nicht entgegensteht (da im Negiren des Rechts in der angesprochenen Ausdehnung noch nicht

---

chen; z. B. wenn ich Jemanden mit der Commodatsklage belange und im Laufe des Prozesses erkläre, daß ich wegen dieser Sache gar keine Ansprüche mehr an ihn machen wolle: so kann ich die Sache später auch nicht aus einem anderen Fundamente (sofern es nicht erst nach meinem Verzicht eintrat) von ihm verlangen. Im Zweifel aber, da Verzichte streng auszulegen sind, wird man einen so allgemeinen Verzicht nicht annehmen können, sondern, wenn der Kläger sich des Ausdrucks bedient, er verzichte auf sein Recht oder seinen Anspruch, dieß im Sinne von Lit. b nehmen müssen. Habe ich daher z. B. Jemanden mit der actio emti wegen laesio enormis auf Aufhebung des Vertrags belangt, verzichte aber während des Prozesses gegen ihn „auf das in Anspruch genommene Recht:" so kann ich im Zweifel ihn wohl noch später mit einer actio emti redhibitoria wegen physischer Fehler der Sache auf Aufhebung des Vertrags belangen; verzichte ich aber überhaupt auf das Recht, den Kauf anzugreifen: so kann ich natürlich auch nicht mehr mit der redhibitoria actio klagen. Das, was in dieser Beziehung Bolley a. a. O. § 696 sagt, ist daher wohl etwas zu allgemein und unbedingt gefaßt. — Was Justinian in J. de act. § 35 über die noch nach der Lit. Cont. zulässige mutatio libelli sagt, gilt in dieser Ausdehnung in unserem Prozesse nicht. Vgl. auch Württ. Landr. I, 19 § 4 IV Org. Edict v. 1818: § 86 a. E.

ein Negiren des Rechts in einer geringeren Ausdehnung (Leg.). Natürlich aber, wenn der Richter den Kläger deßhalb abweist, weil er gar kein Recht an den Gegenstand habe, kann er seinen Anspruch auch nicht theilweise mehr erneuern, weil hier jede Klage auf einen Theil im Widerspruche mit dem positiven Inhalte des Urtheils stehen würde (S. 45).

4. Wenn der Kläger sein Recht ohne Beschränkung einklagte, dasselbe aber theilweise zur Zeit nicht verfolgbar war, wie z. B. bei terminweisen Leistungen, und daher blos auf den verfolgbaren Theil erkannt wird: so hat er das Recht auf das Weitere nicht verlohren, sondern kann dieses später zur gehörigen Zeit geltend machen, eben weil durch die Lit. Cont. das Recht im Ganzen nicht consumirt ist. Die S. 15 angeführten praescriptiones sind daher im neuesten Röm. Recht ganz unnöthig geworden und deßhalb erwähnt auch Justinian in seinen Rechtsbüchern ihrer mit keinem Worte. Aus dem Gesagten ergibt sich auch eine Aenderung des in der Not. 30 a angef. älteren Rechts in Beziehung auf Zinsen. Zinsen aus einem Vertrage, überhaupt aus einem selbstständigen Entstehungsgrunde[49], können nun durchaus gefordert werden, mag auch das Kapital ohne weitere Beschränkung früher eingeklagt oder mag früher schon aus dem Vertrage auf Zinsen geklagt worden seyn (z. B. der Schuldner, welcher das Kapital noch schuldet, ist mit Zinsen im Rückstande, die Zinsverbindlichkeit wird eingeklagt, im Urtheil anerkannt, der Beklagte in die fälligen Zinsen verurtheilt: so kann, ohne daß irgend eine prozeßualische Consumtion entgegenstände, später wieder auf Zinsen, die von Neuem fällig werden, aus demselben Vertrage geklagt werden). Ebenso kann, wenn zuerst auf die Zinsen geklagt wurde, stets nachher noch das Kapital eingeklagt werden (außer natürlich dann nicht, wenn der Kläger mit der Zinsforderung aus dem Grunde rechtskräftig abgewiesen würde, weil er gar kein Kapital zu fordern gehabt habe; denn dann würde hier eine Klage auf das Kapital dem positiven Inhalte des rechtskräftigen

49) Beruhen sie nicht auf einem vom Kapital getrennten selbstständigen Entstehungsgrunde: so gilt auch jetzt noch der in meinem Handbuche II § 51 ausgeführte Grundsatz.

Urtheils entgegenstehen). Aus dem gleichen Grunde kann nun auch im neuesten Röm. Recht und bei uns eine Generalklage z. B. die tutelae, pro socio actio u. s. w. wegen verschiedener Punkte ohne Weiteres mehrmals nach einander angestellt werden. Nur ist die Art und Weise, wie dieß in manchen Systemen gerade bei der tut. actio bemerkt wird [50], nicht wohl zu billigen. Einestheils ist es nichts Besonderes bei der tutelae actio mehr (diese Klage war nur im früheren Röm. Recht, solange die prozessualische Consumtion galt, gegenüber von Dieser in manchen Hinsichten begünstigt; Not. 39 lit. b), sondern es gilt überhaupt nun bei jeder Generalklage; anderntheils ist es ungeeignet, für jenen Satz sich auf die Stellen der Not. 39 lit. b zu beziehen, indem, um eine Generalklage im neuesten Röm. Recht und bei uns wegen neuer Punkte, über welche früher noch nicht erkannt war, anstellen zu können, nicht mehr eine doli replicatio oder Restitutionen und Cautionen, von denen jene Stellen sprechen, nöthig sind, eben weil die prozessualische Consumtion weggefallen ist und daher die exceptio rei judic. der Wiederanstellung der Klage wegen neuer Punkte schon an sich nicht entgegensteht.

5. Ebenso ändern sich im neuesten Röm. Recht und bei uns völlig die S. 17 f. über Correalobligationen [51] ausgeführten Grundsätze, mit dem Wegfallen des Instituts der prozessualischen Consumtion. Wenn daher

a. der Gläubiger einen Correalschuldner auf die ganze Schuld

---

50) Z. B. Thibaut Pandect. § 430.

51) Von der solidarischen Obligation, soweit sie nicht Correalobligation ist (welche vor Keller's Schrift über Lit. Cont. und Ribbentrup's Schrift über Correalobligationen gewöhnlich mit der Correalobligation vermischt und verwechselt wurde, und es von Manchen auch noch jetzt wird), ist hier nicht die Rede. Bei jener Obligation wurde durch die Klage gegen den einen solidarisch Verpflichteten die Klage gegen den anderen auch im älteren Röm. Rechte nicht consumirt (vrgl. z. B. D. XLVI, 1 de fidej. *l.* 52 § 3 XVI, 3 depos. *l.* 1 § 13); denn hier handelt es sich nicht von einer und derselben Obligation, welche sich direct oder indirect auf verschiedene Personen bezieht, sondern Jeder der solidarisch Verpflichteten steht in einer besonderen Obligation, nur daß sie bei Allen dadurch getilgt wird, daß der Eine das Ganze leistet.

belangt und es mit ihm zur Lit. Cont. kommt: so bleiben dennoch die übrigen Correalschuldner noch verhaftet. Er kann daher seine Klage, wenn er sie gegen den Belangten fallen läßt, gegen die anderen Correalschuldner richten; er kann selbst wenn der Belangte zur Zahlung rechtskräftig verurtheilt ist, so lange er von ihm nicht befriedigt wird, noch die Anderen belangen (was somit bei einer Insolvenz des Verurtheilten für ihn sehr wichtig ist); durch Prozeß und Urtheil mit dem einen werden die anderen Correalschuldner nicht mehr frei [52], sondern blos, wie Justinian ausdrücklich entschied, dadurch, daß der Gläubiger von dem Einen befriedigt wird [53]. Hiernach bestimmt sich auch nach dem neuesten Röm. Recht das Verhältniß bei den Bürgen. Durch Belangung des einen Bürgen werden die übrigen Mitbürgen nicht mehr befreit, wenn es auch mit Jenem zur Lit. Cont. und zum Urtheil kam. Wird daher ein Bürge vom Gläubiger aufs Ganze belangt und derselbe auf das vorgeschützte beneficium divisionis blos zu seinem Kopftheil verurtheilt: so kann der Gläubiger gegen die anderen Bürgen ohne Anstand noch klagen [54]. Ebenso wird durch den Prozeß mit dem Hauptschuld-

52) Eine Ausnahme wird gewöhnlich für den Fall eines freisprechenden Urtheils angenommen, wenn durch dasselbe die Nichtexistenz der ganzen Obligation an sich ausgesprochen werde. Hier soll der positive Inhalt des Urtheils auch den andern correis zu statten kommen. Eine nähere Untersuchung dieser Frage gehört nicht hierher, da sie sich nicht auf die proz. Consumtion bezieht.

53) C. VIII, 41 de fidej. cst. 28 J. III. 16 de duobus reis § 1.

54) Cst. 28 cit. Nicht blos auf ihre Kopftheile, wie häufig behauptet wird, sondern auf Alles, was er noch nicht erhalten hat, soweit nicht die übrigen Mitbürgen solvent sind. Wendet sich nämlich der Gläubiger an einen der anderen Bürgen und dieser schützt auch das benef. div. vor: so ist Dieser, soweit jetzt zur Zeit der Lit. Cont. seine Mitbürgen solvent sind, vorerst nur auf einen Kopftheil zu verurtheilen. War aber vorher der zuerst zu seinem Kopftheil verurtheilte Mitbürge insolvent geworden: so ist Dieser bei Bestimmung der Kopftheile nicht mehr zu berechnen, so daß, wenn Dieser der einzige Mitbürge war, der zweite Verklagte nun das Ganze zahlen muß, weil durch die Belangung und Verurtheilung des Ersten die Obligation im Justinianischen Recht nicht mehr (auch nicht zu dem Theil, in dem er verurtheilt wurde) consumirt wird. Dieß ist bestimmt ausgesprochen in der cst. 28 cit. (vrgl. auch Bolley Civilproz. O. I. S. 162 f.). Umgekehrt aber kann nun auch der Gläubiger, wenn er den Einen auf seinen Kopftheil belangt hat, aber von den Uebrigen nichts

ner der Bürge nicht mehr befreit und umgekehrt (cst. 28 Not. 54 cit). Nur ist hier zu beachten, daß in der Regel alle Einreden, die der Hauptschuldner hat, auch dem Bürgen zu gut kommen (D. XLIV, 1 de except. *l.* 7 § 1 *l.* 19), also auch die exceptio rei judicatae (in ihrer positiven Function), und daß deßhalb, wenn der Hauptschuldner durch rechtskräftiges Urtheil freigesprochen ist, dadurch der Bürge auch eine Einrede gegen den Gläubiger bekommt [55].

b. Das Gleiche, was von den Correalschuldnern gesagt ist, muß in Beziehung auf die Frage über Eintritt einer proz. Consumtion, also über die Wirkung der Lit. Cont., auch bei den Correalgläubigern gelten. Dadurch, daß der eine Correalgläubiger den gemeinschaftlichen Schuldner belangt, verliehren die übrigen noch nicht ihr Klagrecht. Zwar spricht von diesem Falle, von dem activen Correalverhältnisse, Justinian in der cst. 28 cit. nicht ausdrücklich und deßhalb wollen auch jetzt noch Manche für unser heutiges Recht Das annehmen, was hierüber im ältesten Röm. Recht galt. So sagt z. B. Göschen Vorlesungen Bd. I § 172 a. E., wenn einer der Correalgläubiger klage; so werde durch den Prozeß nicht blos seine Klage consumirt sondern auch die Klage seines Mitgläubigers, und dieß müsse als noch jetzt bestehend angesehen werden; ebenso will v. Vangerow Pandect. Bd. III S. 94 hier den Grundsatz der Consumtion auch jetzt noch anwenden, indem er für das heutige Recht behauptet, „daß der Schuldner, wenn der eine Gläubiger den Prozeß gegen ihn begonnen habe, sich nicht mehr durch Zahlung an den anderen Gläubiger liberiren könne". Allein unmöglich kann man hier noch einem Institute, welches schon im Justinianischen Recht nicht mehr galt und das vollends in unsrem Recht in der That

---

erhalten kann, gegen den Ersteren den Rest noch einklagen. Denn daraus, daß er den Ersteren vorerst blos pro rata belangt, kann nicht, wie Manche glauben (die Stellen, welche z. B. Thibaut Pandect. § 138 Not. x anführt, beweisen in der That nichts), gefolgert werden, daß er auf weitere Ansprüche an Denselben verzichte.

55) Außer der Hauptschuldner wäre aus einem Grunde freigesprochen worden, gegen dessen Wirkung gerade die Bürgschaft ausdrücklich gerichtet war, z. B. D. XIV. 6 ad S.C. Maced. *l.* 9 § 3 J. IV, 14 de replic. § 4 a. E.

auch gar keinen Anknüpfungspunkt mehr hat, praktische Gültigkeit geben, und zwar noch dazu blos in einem so isolirten einzelnen Puncte. Vielmehr ist es gewiß sehr richtig, wenn Savigny System Bd. V. S. 255 sagt, daß Justinian zwar in der cst. 28 cit. nur einzelne Fälle identischer Obligationen ausdrücklich erwähne, es aber kein Zweifel sey, daß auch bei den übrigen Fällen ebenso die alte Strenge verschwinden sollte, und daß „wer etwa Dieses aus buchstäblicher Aengstlichkeit bezweifeln wollte, „weil es nicht ausdrücklich gesagt ist, doch durch den Umstand „völlig beruhigt werden müßte, daß das Princip der Prozeß„consumtion selbst, worauf sich die Aufhebung bezog, aus dem „Justinianischen Recht durch bloses Stillschweigen vertilgt worden „ist, so daß wir sein früheres Daseyn und seine wichtige Bedeutung nur erst durch Gajus erfahren haben." — Nur wird man hier in der Gleichstellung des Falles der activen Correalobligation mit dem Falle der passiven nicht so weit gehen können, als Savigny zu gehen scheint d. h. nicht annehmen können, daß die Klage des einen Correalgläubigers erst durch die Befriedigung des anderen Correalgläubigers ausgeschlossen werde. Man wird vielmehr hier so argumentiren müssen: die prozeßualische Consumtion und ihre Folgen fallen, wie überhaupt, so auch bei Correalgläubigern weg. Dadurch daher, daß der eine Correalgläubiger klagt und es bis zur Lit. Cont. bringt, verliehrt der andere seine Klage noch nicht. Es gilt daher nun bei ihnen Das, was sonst bei concurrirenden Forderungsrechten gilt, welche der Art sind, daß der Verpflichtete nur Einem der Gläubiger zu leisten braucht, bei denen aber keine prozeßualische Consumtion eintrat (weil sie nicht auf einer und derselben Obligation beruhen), d. h. derjenige Gläubiger, welcher zuerst ein rechtskräftiges den Schuldner verurtheilendes Erkenntniß auswirkte, geht den anderen vor und schließt dadurch deren Klagen aus; es tritt nun auch bei der activen Correalobligation, eben weil bei ihr die Consumtion durch Lit. Cont. wegfallen muß, der allgemeine Grundsatz ein, welcher in D. IX, 4 de nox. act. l. 14 pr. XV, 1 de pecul. l. 10 XV, 3 de in rem vers. l. 4 XLII, 1 de re jud. l. 19 pr. ausgesprochen ist.

e. Aus dem Obigen folgt auch, daß bei der indirecten Beziehung einer und derselben Obligation auf dritte Personen die S. 20 f. angeführten Grundsätze nicht mehr gelten. Hat deßhalb z. B. der Gläubiger gegen den Haussohn eine Forderung eingeklagt, so kann er immer noch, solange er vom Haussohn nicht befriedigt ist, auch gegen den Vater de peculio, de in rem verso u. s. w. klagen; er kann ferner gegen den Vater, wenn er mit der actio de peculio nicht vollständig befriedigt wird, weil das Peculium nicht reichte, auf den Rest noch quod jussu oder de in rem verso klagen; ferner kann er, wenn er mit der quod jussu actio abgewiesen wurde, weil er den jussus des Vaters nicht nachweisen konnte, immer noch die Klage aus der Obligation des Haussohnes, wenn er sie auf einen anderen Grund stützt, anstellen, also z. B. noch de peculio oder de in rem verso klagen [56]. Ebenso folgt endlich aus den angeführten Gründen, daß in dem S. 16 Nr. V erwähnten Falle der Klagenconcurrenz durch die bloße Anstellung der einen Klage das Recht zur anderen noch keineswegs verlohren geht, sondern in der Regel erst durch wirkliche Befriedigung in Folge der angestellten Klage [57] oder dadurch, daß der Kläger mit ihr deßhalb rechtskräf-

---

56) In gewissen Fällen kann aber noch aus einem materiellen Grunde durch die Wahl der einen Klage das Recht zur anderen verlohren gehen und hier wirkt dann natürlich dieser materielle Grund auch bei uns noch. Francke im Arch. f. civilist. Prax. Bd. XXIII S. 418.

57) Vrgl. hierüber mein Handbuch II § 67 und über die Fälle, in welchen schon durch rechtskräftige Verurtheilung des Beklagten die andere Klage wegfällt, mein Handb. II § 67 Not. 17. Hiernach würde z. B. nach gemeinem Recht durch die Anstellung der actio tutelae das Recht zur Anstellung der actio de rationibus distrahendis nicht mehr aufgehoben; s. Savigny § 232 Not. l und den dort angef. Ribbentrop. Ungeeignet ist es übrigens, wenn Bolley Civilproz.O. Bd. I S. 485 in unsrem Württ. Recht noch der actio de rat. distrah. als einer besonderen Klage und ihres zweifelhaft scheinenden Verhältnisses zur tutelae actio erwähnt. Denn da bei uns jene Klage auf das Doppelte nicht mehr gilt (wie Bolley selbst S. 403 bemerkt): so ist die ganze Klage bei uns weggefallen. In dem Falle, für welche sie eingeführt wurde, haben wir als sachverfolgende Klage die actio tutelae und die condictio furtiva. Was neben diesen noch eine besondere, blos auf Ersatz gehende, actio de rat. distrah. bedeuten sollte, wäre in der That gar nicht einzusehen.

tig abgewiesen wurde, weil die ihr zu Grunde liegende Obligation nicht existirt [58].

---

58) Hier fällt die andere Klage weg nicht wegen der negativen Funktion der exceptio rei judic. (denn diese würde hier im neuesten Röm. Recht auf die andere Klage nicht mehr wirken, eben weil diese nicht mehr durch die Lit. Cont. consumirt wird), sondern wegen ihrer positiven; denn ist die auf ein gewisses Fundament gestützte Obligation überhaupt rechtskräftig für nicht existirend erklärt: so steht jeder auf dasselbe Fundament gestützten Klage aus dieser Obligation gegen den früheren Beklagten die exceptio rei judicatae entgegen. Das Gleiche gilt bei den S. 60 angeführten Klagen gegen den Hausvater, wenn das Urtheil ihr gemeinsames Fundament, die ihnen zu Grund liegende Obligation des Hauskinds, verneint; wenn z. B. der Kläger bei der Anstellung der act. de in rem verso deßhalb abgewiesen wurde, weil die Obligation des Hauskindes, die geschehene Leistung an Dasselbe, gar nicht erwiesen sey: so steht ihm natürlich, wenn er nachher dieselbe Obligation mit der act. de peculio einklagen würde, die exc. rei jud. entgegen (vermöge des positiven Inhalts, des Urtheils), nicht aber, wenn er deßhalb abgewiesen wurde, weil zwar die Obligation des Kindes, aber nicht die versio in rem patris erwiesen sey; im letzteren Falle kann er immer noch mit der act. quod jussu oder peculiotenus mit der act. de peculio klagen.

Dreizehnte Erörterung.

Einfluß der Einleitung des Prozesses, insbesondere der Litis Contestation, auf das Rechtsverhältniß nach dem Justinianischen und dem heutigen Recht.

Mit dem gänzlichen Zusammenfallen des Instituts der prozeßualischen Consumtion (XII. Erört.) fiel die Hauptwirkung, welche die Lit. Cont. auf das zum Prozeß gebrachte Rechtsverhältniß äußerte, und ihre Hauptbedeutung für Dasselbe weg. Es behielt aber die Einleitung des Prozesses doch immer noch manchen, zum Theil nicht unbedeutenden, Einfluß auf das materielle Recht selbst sowohl im Justinianischen Recht als bei uns. Einzelne dieser Wirkungen hatten sich ursprünglich in Verbindung mit der consumirenden und novirenden Wirkung der Lit. Cont. gebildet, konnten aber auch unabhängig von ihr beibehalten werden und werden in der Weise, wie sie in den Justinianischen Rechtsquellen dargestellt erscheinen, unabhängig von Derselben behandelt, bestehen somit auch im heutigen Recht noch [1]; andere bildeten sich unabhängig von der prozeßualischen Consumtion und gründeten sich auf anderweite theils in der Natur der Sache

---

1) Hieher gehört die Vermittlung des Ueberganges mancher Klagen auf die Erben, welche bei einer novirenden Wirkung der Lit. Cont. sich ganz von selbst verstand.

liegende theils rechtspolizeiliche Gründe, weßhalb sie auch im neuesten Röm. Recht sich erhielten und bei uns noch gelten. Nur knüpfte das spätere Röm. Recht einen Theil dieser Wirkungen gar nicht mehr an die Lit. Cont., sondern an frühere Zeitpunkte der Einleitung des Prozesses.

Indessen ist über die Frage, an welche Prozeßabschnitte jene Einflüsse im Justinianischen Recht und bei uns sich knüpften, beinahe Alles bestritten. Namentlich behaupten Manche, schon im Justinianischen Recht seyen an den Prozeßabschnitt, der in demselben die Lit. Cont. bildete, jene Wirkungen überhaupt nicht mehr geknüpft gewesen; unter Denjenigen, welche dieser Ansicht nicht sind, ist wenigstens in Beziehung auf einzelne Wirkungen über den Prozeßabschnitt, an welchen sie geknüpft seyn sollten, Streit; endlich sind die Meinungen darüber verschieden, an welche Prozeßabschnitte in unsrem Deutschen Prozesse jene Wirkungen sich knüpfen sollen.

I.

Welcher Prozeßabschnitt entscheidet in der Regel über den Eintritt der einzelnen Wirkungen nach Justinianischem Recht?

Schon oben H. II S. 10 f. wurden die Aenderungen nachgewiesen, welche im späteren Röm. Recht mit der Lit. Cont. vorgingen. Da aber auch die Lit. Cont. des späteren Rechts dem Prozeßabschnitte, welchen sie im früheren Recht gebildet hatte, völlig analog war: so konnte man wohl die Wirkungen der alten Lit. Cont., soweit sie sich noch erhalten hatten, auch an die neuere Lit. Cont. angeknüpft lassen, und so beließ es daher auch Justinian für die Regel dabei.

Dieses Letztere wird aber von Manchen durchaus in Abrede gezogen. Namentlich behauptet z. B. Mühlenbruch Pandectenrecht § 144 bei Not. 5 (vrgl. auch seine Institut. § 46 Not. 2), daß alle Wirkungen, welche die Lit. Cont. noch hatte, nach einer Bestimmung Justinians in Nov. LIII cap. 3 § 2 eintreten sollen wenn der Beklagte die ihm mitgetheilte Klagschrift unterzeichnet hat und von da an 20 Tage verflossen sind. Allein davon sagt

die angeführte Stelle, von welcher schon H. II S. 11 die Rede war, in der That gar nichts; auch ist es bei dieser Ansicht Mühlenbruchs jedenfalls ganz ungeeignet, wenn er dann doch sowohl im angeführten § 144 als in anderen Stellen seines Pandectenrechts bei den genannten Wirkungen stets noch von der Lit. Cont. spricht und der Lit. Cont. diese Wirkungen zuschreibt, während ja nach seiner Ansicht die Lit. Cont. gar keine Beziehung mehr zu jenen Wirkungen haben soll. Ebenso ist mit jener Behauptung gar nicht vereinbar, wenn er noch in der dritten Auflage seiner Cession der Forderungsrechte S. 387, 388 behauptet und ausführt, daß die Wirkungen der Röm. Lit. Cont. mit unsrer heutigen Einlassung verbunden seyen und daß namentlich die Litigiosität einer Klage auch im neuesten Röm. Recht erst mit der Litis Contestation, somit bei uns erst mit der Einlassung eintrete.

Noch weiter, nicht blos für das neueste, sondern auch schon für das frühere Röm. Recht, ging neuerlich Asverus [2]. Er sucht auszuführen: die Wirkungen der Lit. Cont., selbst die Prozeßconsumtion und Novation, seyen schon im späteren classischen Röm. Recht, also noch zur Zeit des Formularprozesses, nicht mehr an die Lit. Cont., sondern an einen früheren Zeitpunkt geknüpft worden, nämlich anfangs an den Zeitpunkt der Denunciation (oben H. II S. 4) und in den späteren Kaiserzeiten an die (H. II S. 10 bezeichnete) Convention, und hieraus kommt er dann auf das Resultat, daß jene Wirkungen bei uns mit der Mittheilung des ersten den Prozeß eröffnenden Decrets eintreten. Nur sey der Eintritt dieser Wirkungen ein hypothetischer und habe blos unter der Voraussetzung statt, daß es später wirklich zur Lit. Cont. komme; komme es daher durch des Klägers Schuld nicht zur Lit. Cont.: so sollen jene Wirkungen wieder von selbst erlöschen. Auch sey da, wo eine Thätigkeit des Beklagten erfordert werde, um gewisse Wirkungen eintreten zu lassen, nicht schon die Denunciation oder die Convention (oder bei uns die Mittheilung des Ladungsdecrets),

---

2) Ueber die Denunciation der Römer und ihren geschichtlichen Zusammenhang mit dem ersten prozeßeinleit. Decret. Leipzig 1843. S. 182 f. 270 f. 298 f.

der Moment für den Eintritt jener Wirkungen, sondern erst die Lit. Cont. (z. B. bei der Frage, ob ein Nichtbesitzer, der sich für den Besitzer ausgibt, als fictus possessor zu behandeln sey, oder wie lange der Beklagte den Richter recusiren könne und dvgl.) [3]. Bei dieser Ansicht, welche namentlich in Beziehung auf das classische Röm. Recht durchaus von Dem abweicht, was bisher allgemein angenommen wurde, geht Asverus davon aus, daß, wenn in den Digesten von tempus quo agitur, quo quis actione convenitur, quo petitur, oder von conventio, petitio, res petita die Rede ist und an die so bezeichneten Zeitpunkte gewisse Wirkungen geknüpft werden, unter jenen Ausdrücken der Zeitpunkt der Denunciation (an deren Stelle dann später die Convention des späteren kaiserlichen Rechts getreten sey), nicht aber der Zeitpunkt der Lit. Cont. verstanden werden müsse.

Diese Ansicht enthält schon auf den ersten Anblick viel Auffallendes und auch die Art und Weise, wie Asverus sie zu begründen sucht, bietet in der Herbeiziehung von sehr entfernt liegenden und für die Sache selbst in der That nicht beweisenden Argumenten und im Uebergehen mancher Stellen, welche für seine Ansicht freilich ein unübersteigliches Hinderniß bilden möchten, manche Blößen [3a]. Ich glaube, es dürfte hier genügen, Folgendes gegen Dieselbe zu bemerken: Was die Bedeutung des Ausdruckes conventio und actione conveniri in den Pandecten, also in Stellen aus den Zeiten des classischen Röm. Rechts, betrifft: so bedeutet zwar im späteren Coderrecht conventio einen von der Lit. Cont. verschiedenen früheren Prozeßabschnitt (oben H. II. S. 19); aber ganz unzulässig ist es, den Sprachgebrauch einer viel späteren Zeit auf Fragmente aus dem classischen Röm. Recht überzutragen. Im Allgemeinen bedeutet in den Pandecten conveniri prozessirt werden, und actione conventus im Prozesse liegen, im Prozesse befangen seyn, ohne einen bestimmten Abschnitt des Prozesses zu bezeichnen, und ebenso heißt im Allgemeinen petere den Prozeß beginnen, und res pe-

3) Aber sogar auch hier will Asverus S. 270 Ausnahmen machen.

3a) Ueber die Schrift von Asverus s. nun auch Momsen in Schneiders crit. Jahrbb. f. R.W. 1845 H. X S. 865—890.

tita eine Sache, die im Prozesse liegt. Deßhalb kann allerdings conventio und conventus in manchen Pandectenstellen schon den Zeitpunkt der Benachrichtigung des Beklagten von der angestellten Klage bezeichnen; allein weder in der Regel noch überhaupt technisch haben jene Ausdrücke in den Pandecten diese Bedeutung. Da nämlich die lis nach dem Sprachgebrauche der Pandecten erst mit der Litis Contestation wirklich vorhanden, eine pendens, inchoata ist (oben H. II S. 5): so wird in den Pandecten regelmäßig durch actione conventus, res petita, si quis egerit und durch conventio, petitio und drgl. nur der Fall bezeichnet, wenn es wirklich zur Litis Contestation gekommen ist. Dieß sagen sie freilich nicht jedesmal ausdrücklich, so oft sie jene Worte in diesem Sinne gebrauchen (gerade wie auch wir bei Erörterungen über die Wirkungen der Lit. Cont. oft von einer angestellten Klage, von belangt worden seyn und drgl. sprechen und darunter, ohne es immer besonders zu wiederholen, den Zeitpunkt der Lit. Cont. verstehen); aber theils allgemeine Erklärungen, theils Parallelstellen und Das, was an anderen Orten genauer für den gleichen Fall, von welchem der unbestimmtere Ausdruck gebraucht ist, gesagt wird, beweisen diesen regelmäßigen Sprachgebrauch aufs Entschiedenste, so daß schon damit die Grundlage der Argumentation von Asverus für das classische Röm. Recht zusammenfallen dürfte. So sagt z. B., was die allgemeinen Erklärungen betrifft, die *l.* 15 D. XLVI, 8 (rat. rem): „Amplius non peti verbum Labeo ita accipiebat, si judicio petitum esset. Si autem in jus eum vocaverit et satis judicio sistendi causa acceperit, judicium tamen coeptum non fuerit: ego puto, non committi stipulationem amplius non peti. Hic enim non petit, sed petere vult;“ es wird also hier das peti ganz entschieden auf den Zeitpunkt der Lit. Cont. bezogen [3b]. Einzelne schlagende Beispiele für diesen Sprachgebrauch könnten in Menge angeführt werden. So vergleiche man nur einmal z. B. D XII, 1 de reb. cred. *l.* 22 (hier wird cum petitum esset erklärt durch cum litem contestatus fuisset),

3 b) Vrgl. oben H. II S. 5.

XLVI, 3 de solut. *l.* 57 § 1 (hier wird si petam für den Zeitpunkt der vollendeten Lit. Cont. genommen), *l.* 47 pr. § 1 eod. (hier wird tempus quo agitur genommen für die Zeit der lis contestata); ebenso D XVI, 3 depositi *l.* 14 § 1 vrgl. mit *l.* 12 § 3 eod. In gleicher Weise ließe sich Dieß gerade in den Fällen, auf welche sich Asverus besonders bezieht, nachweisen. So — um nur einige Beispiele anzuführen — nimmt Asverus S. 188 f. das in dem Pandectentitel von den Noxalklagen sehr häufig vorkommende conventus im Sinne der conventio des Coderrechts; allein daß dieses conveniri in den betreffenden Stellen genommen wird für den Zeitpunkt des „judicium acceptum", also für den Zeitpunkt der Lit. Cont. (denn darüber, daß judicium acceptum den Zeitpunkt der vollendeten Lit. Cont. bezeichnet, kann doch in der That kein Zweifel seyn; vrgl. auch *l.* 25 de rei vind. *l.* 40 pr. de hered. pet. *l.* 25 § 8 de aedil. ed.), erweist sich vollständig aus D. IX, 4 de nox. act. *l.* 8, eine Stelle, welche von Asverus so viel ich finde übergangen wird. Ebenso ist es, wenn Asverus S. 191 f. aus einzelnen Digestenstellen, welche von conventio, petitio, egisse bei den Folgen der prozeßualischen Consumtion sprechen, herleiten will, sogar diese Consumtion sey schon vor der Litis Contestation mit der Denunciation der Klage eingetreten; er übergeht es, daß in Parallelstellen diese Wirkung ausdrücklich geknüpft wird an das in judicium deducere (was im Sprachgebrauche der Pandecten ganz unzweifelhaft die vollendete Lit. Cont. bezeichnet), daß hier gerade abwechselnd z. B. egerit und in judicium actio deducta est für das Gleiche genommen wird (*l.* 5 a. E. de fidej.), daß überhaupt noch in der *l.* 29 de novat. jene Wirkung an das judicium acceptum und an die lis contestata ausdrücklich geknüpft wird und auch hier actionem exercere für gleichbedeutend mit Lit. Cont. genommen wird (vrgl. auch *l.* 11 § 1 eod.), und daß endlich Justinian selbst in der cst. 28 de fidej. VIII, 41 davon ausgeht, daß die prozeßualische Consumtion an die Lit. Cont. gebunden gewesen sey. So will ferner Asverus S. 205 aus der *l.* 33 de O. et A. herleiten, daß der Uebergang der Klagen auf die Erben schon nach dem Pandectenrechte nicht durch die Lit. Cont., sondern durch einen früheren Prozeßabschnitt vermittelt worden sey, weil diese

Stelle von si vivus conventus fuerat spricht und dieß der lis contestata entgegensetze. Allein abgesehen davon, daß jene Stelle anders auszulegen seyn wird (s. unten nach Not. 54), so sagen die entschiedensten Quellenzeugnisse in den Pandecten, selbst z. B. eine Stelle von demselben Juristen, von dem die *l.* 33 herrührt, daß jener Uebergang erst durch die Lit. Cont. vermittelt werde (s. namentlich **D. XXVII, 7 de fidej. et nom.** *l.* 8 § 1); diese Stellen aber übergeht Asverus, und andere Stellen, wie z. B. *l.* 58 **de O. et A.** *l.* 12 **pr. de verb. sign.** *l.* 28 **de injur.**, bezieht er auf früheres Recht, obwohl sie von Verfassern herrühren, welche mit dem Schriftsteller, aus dem die *l.* 33 genommen ist, theils gleichzeitig theils nach ihm lebten. Unbegreiflich aber ist es, wie er dabei aus den besonderen Bestimmungen über die Transmission der querela inofficiosi testamenti, welche doch offenbar etwas ganz Singuläres enthalten, dafür argumentirt, daß der active Uebergang der Klagen schon mit der Denunciation eingetreten sey, und dabei nicht bedenkt, daß durch dieses Argument, wenn es irgend gelten könnte, auch seine Ansicht umgestoßen würde, da ja dann über jenen activen Uebergang nicht erst der Zeitpunkt der eigentlichen Denunciation, sondern schon die Vorbereitung der Klaganstellung, ja schon der bestimmt erklärte Entschluß, die Klage anstellen zu wollen, entscheiden würde[4]. In ähnlicher Weise will Asverus S. 269, 270 in der *l.* 25 § 7 **de hered. pet.** einen „unwiderleglichen Beweis" dafür finden, daß man unter der Lit. Cont. den Zeitpunkt der conventio (im Sinne des Coderrechts) verstanden habe; allein jene Stelle beweist gerade das Gegentheil; sie dehnt

4) Wenn Asverus glaubt, die cst. 5 C. VIII, 28 de inoff. test. enthalte späteres Recht, als die l. 7 D. V, 2 eod. tit.: so ist dieß offenbar unrichtig. Die cst. 5 rescribirt nichts Anderes, als was schon aus der l. 7 folgt; denn natürlich muß das propositum, von welchem in der cst. 5 die Rede ist, auf irgend eine Weise erklärt worden seyn; auch ist die cst. 5 nicht aus einer späteren Zeit, als die l. 7. — Auch das Argument, welches Asverus in der cst. 1 C. I, 20 quando lib. finden will, ist nicht beweisend; vielmehr geht sie gerade davon aus, daß die Transmission der Klagen nur durch Lit. Cont. vermittelt werde, und macht hiervon nur bei dem Rescriptsprozesse (oben H. II S. 11 Not. 28) eine besondere Ausnahme.

nur: Das, was ein Senatusconsult für die Zeit der Lit. Cont. festsetzte, ausdrücklich gegen die Worte des Senatusconsults auf eine frühere Zeit aus. Ueberhaupt aber enthält die Ansicht von Asverus für das Pandectenrecht, für die Zeiten des Röm. Formularprozesses, die entschiedenste Verkennung der ganzen Bedeutung der Lit. Cont., vollends gar in Beziehung auf die prozeßualische Consumtion, ein Institut, das nur durch die Lit. Cont. Erklärung und Begründung bekommen und überhaupt Bedeutung haben konnte. Auch widerstreiten noch andere Momente der Ansicht von Asverus. Nach ihm wäre z. B. die prozeßualische Consumtion im späteren classischen Röm. Recht stets schon durch Denunciation entstanden, aber blos eine provisorische gewesen und erst durch die Lit. Cont. definitiv geworden; die blose conventio im Sinne von Asverus, das petere, actionem exercere u. s. w. hätte nicht bleibend consumirt, sondern blos provisorisch, und in allen Fällen, in welchen es nicht zur Lit. Cont. kam, wäre die eingetretene Consumtion hinterher wieder weggefallen. Davon aber, namentlich von einer blos provisorischen Wirkung finden wir nicht die geringste Spur in den Quellen; sie knüpfen durchaus die Consumtion an die Lit. Cont., an das judicium acceptum, und die Digestenstellen, welche bei dem conveniri, bei der petitio u. drgl. nach ihrem gewöhnlichen Sprachgebrauche die Folgen der prozeßualischen Consumtion als eingetreten annehmen, deuten nicht im Geringsten darauf hin, daß dieß etwas blos Provisorisches sey, eben weil sie unter jenen Ausdrücken in solchen Stellen den Zeitpunkt der Lit. Cont. verstehen. Auch für das spätere Röm. Recht hat Asverus die Richtigkeit seiner Ansicht nicht nachgewiesen, wenn hier gleich aus den schwankenden und ungenauen Ausdrücken des späteren kaiserlichen Kanzleistyls sich da und dort über Einzelnes Zweifel ergeben können. Denn gegen die Hauptsache, gegen die allgemeine Zurücksetzung der Wirkungen der Lit. Cont. auf einen früheren Prozeßabschnitt, sprechen auch aus dem Codex ganz entschieden einzelne Stellen, über welche Asverus, wenn er sie besonders beachtet haben würde, wohl nicht hätte hinwegkommen können. So sagt z. B. Diocletian in C. IV, 17 cst. un.: „Post litis contesta-„tionem eo, qui vim fecit vel concussionem intulit vel

„aliquid deliquit, defuncto successores ejus in solidum, „alioquin in quantum ad eos pervenit, conveniri juris „absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.“ So hätte dieſe Stelle unmöglich lauten können, wenn die Anſicht von Asverus richtig wäre. Für das Recht unter Juſtinian könnte nur der Umſtand Bedenken erregen, daß Juſtinian in C. VII. 40 de annal. exc. cst. 3 §1 von dem Kläger, deſſen Klaglibell durch die conventio dem Beklagten mitgetheilt worden iſt, in einer in manchen Beziehungen dunkeln Verordnung ſagt: videri jus suum in judicium deduxisse, und davon die Unterbrechung der Klagenverjährung abhängig macht. Allein für ſeine Zeit konnte Juſtinian dieſen Ausdruck von der conventio d. h. hier dem Zeitpunkte der Ladung wohl gebrauchen[5], ohne dadurch beſtimmen zu wollen, daß alle Wirkungen, welche an die deductio in judicium des früheren Röm. Rechts d. h. an die Lit. Cont. gebunden waren, ſoweit ſie ſich noch zu ſeiner Zeit erhalten hatten, nun durchaus an den Zeitpunkt der deductio in judicium ſeiner Zeit, an die conventio des ſpäteren Coderrechts d. h. an die Mittheilung der Ladung ſich knüpfen ſollen.

II.

Der regelmäßig entſcheidende Prozeßabſchnitt nach heutigem Recht. Insbeſondere von der Lit. Cont. des Canon. Deutſch. u. Württ. Rechts im Verhältniſſe zur Juſtinianiſchen.

Müſſen wir aber auch annehmen, daß die Wirkungen, welche nach dem früheren Röm. Recht an die Lit. Cont. gebunden waren, auch noch im Juſtinianiſchen Recht, ſoweit ſie ſich überhaupt erhielten, in der Regel an die Lit. Cont. (im Sinne des Juſtinianiſchen Rechts) gebunden ſind: ſo entſteht doch die Frage, wie dieß auf unſer heutiges Recht und auf unſren heutigen Prozeß zu übertragen ſey.

Von jeher war in dieſer Beziehung wohl die Anſicht herrſchend, daß alle Wirkungen, welche nach Juſtinianiſchem Recht

---

5) Oben H. II S. 9 Not. 20. Nur darf man nicht aus dieſem Juſtinianiſchen Sprachgebrauche rückwärts ſchließen auf den Sprachgebrauch des claſſiſchen Röm. Rechts. S. auch noch C. IV, 9 de lit. cont. cst. um.

noch an die Lit. Cont. geknüpft waren, auch bei uns an den Prozeßabschnitt gebunden seyen, den wir Litis Contestation oder Kriegsbefestigung nennen. Allein von einzelnen Seiten wird dieß doch bestritten. Namentlich geschah es in neuerer Zeit aufs Entschiedenste von Sintenis in einer sehr ausführlichen Abhandlung [6].

Im Princip ist die Ansicht von Sintenis von der herrschenden weniger verschieden, als es auf den ersten Anblick scheint, und es wird bei ihr mehr darauf ankommen, welche Anwendung ihr auf das Einzelne gegeben wird. Denn zunächst wird ja von Niemanden geläugnet, daß das Röm. Recht allmählig einige einzelne Wirkungen, welche die Lit. Cont. hatte, an frühere Momente des Prozesses, z. B. an die Ladung, knüpfte (und deßhalb diese auch bei uns an diesen früheren Zeitpunkt geknüpft sind) theils weil schon zur Zeit des classischen Röm. Rechts und noch mehr im späteren Röm. Recht die prozeßeinleitenden Handlungen nicht in einem Acte sich vereinigten und man daher bei manchen

6) „Von der Lit. Cont. des neueren Rechts und den Wirkungen der ersten Handlungen der Parteien und des Richters nach heutigem Prozeßrecht“ in seinen Erläuterungen versch. Lehr. d. Civilproz. B. I. 1840 S. 91 – 210. Das Resultat seiner Ansicht faßt er in seinem Civilrecht Bd. I. 1844 S. 328 dahin zusammen: „Im Röm. ältern Prozesse erscheinen die prozeßualischen Handlungen der Par„thieen, welche die Einleitung des Verfahrens bis zur Lit. Cont. einschließlich „bilden, als ein zusammenhängender Complexus, und deßhalb sind „die Wirkungen als die der Lit. Cont. genau und genügend bezeichnet. Im spä„teren finden sich schon mehrere an frühere Momente geknüpft. Dieß hängt da„mit zusammen, daß jene Handlungen der Zeit nach auseinandergezogen wurden. „In dieser Veränderung zeigen sich nun die erklärenden Gründe der Wirkungen, „und diese sind es also, auf welche es ankommt. Wenn wir daher in unserem „Prozesse diese Handlungen zum Theil noch mehr isolirt finden: so müssen wir „für jede einzelne Wirkung die einzelne Handlung als erklärende Ursache aner„kennen und bestimmen. Es kommt also auf die Bedeutung und den Gebrauch „der Lit. Cont. im älteren Deutschen und im heutigen Prozesse zu diesem Zwecke „nichts an. Aber natürlich ist es ein großer Irrthum, die Wirkungen der Röm. „Lit. Cont. an Das zu knüpfen, was wir heute so nennen, und also auch das „Bestreben fruchtlos, die Bedeutung der Lit. Cont. oder Kriegsbefestigung un„seres älteren Prozesses zu ermitteln, um davon jene abhängig zu machen, in„dem es immer am Zusammenhange derselben damit fehlt und auch die Praxis „ganz entschieden (?) in den meisten Punkten von selbst auf den rechten Weg ge„kommen ist“.

Wirkungen es ihrer Natur entsprechender fand, sie nicht erst mit der Lit. Cont., sondern mit einem früheren Zeitpunkte zu verbinden; dieß geschah theils im späteren Kaiserrechte, theils aber auch schon im classischen Röm. Recht (s. unten Abschnitt III). Auf den Eintrittspunkt *jener* Wirkungen bezieht sich also die principielle Meinungsverschiedenheit nicht; es handelt sich bei ihnen nur davon, aus den *Römischen* Quellen gehörig zu bestimmen, *welche* Wirkungen an einen solchen früheren Zeitpunkt geknüpft sind. Dagegen geht allerdings das Justinianische Recht von der *Regel* aus, daß diejenigen Wirkungen, welche früher die Lit. Cont. hatte, auch noch im neuesten Röm. Recht (soweit sie nicht ganz erloschen oder nicht ausdrücklich an frühere Prozeßabschnitte geknüpft wurden) an die Lit. Cont. desselben geknüpft bleiben. Diese Regel — behauptet nun *Sintenis* — dürfe man nun nicht mehr geradezu *bei uns* anwenden. Denn (so scheint mir wenigstens sein Argument aufzufassen zu seyn) im Röm. Recht habe die Lit. Cont. einen *Complex* von *Handlungen* umfaßt; *diese* Handlungen aber erscheinen in unsrem Prozesse nicht mehr als Complex und als durch die Lit. Cont. vereinigt, sondern isolirt und der Zeit nach durchaus getrennt; deßhalb komme es bei dem Zeitpunkte des Eintritts der Röm. Wirkungen der Lit. Cont. bei uns lediglich darauf an, welche dieser verschiedenen, durch die Röm. Lit. Cont. combinirt gewesenen, Handlungen das bestimmende Moment jeder einzelnen Wirkung der Lit. Cont. gewesen sey, und an diese Handlung (Einreichung der Klagschrift, Insinuation derselben an den Beklagten, Beantwortung der Klage u. s. w.) sey dann bei uns die betreffende Wirkung zu knüpfen. So kommt er dann dahin, manche Wirkungen, welche das Justinianische Recht an seine Lit. Cont. und die herrschende Meinung bei uns an die heutige Lit. Cont. knüpft, nicht mehr an diese, sondern an eine frühere prozeßualische Handlung zu binden, weil das bestimmende Moment jener Wirkungen nicht in der eigentlichen Lit. Cont., sondern in den anderen mit ihr verbunden gewesenen, bei uns aber ganz getrennt von ihr erscheinenden, Handlungen gelegen gewesen sey.

Es wird hier ganz darauf ankommen, ob und wie weit die Prämissen richtig sind, von welchen Sintenis ausgeht. *Wenn*

Das, was wir in unsrem Prozesse unter Lit. Cont. verstehen, einen Prozeßabschnitt bildet, welcher wesentlich von demjenigen verschieden ist, den die Justinianische Lit. Cont. bildete: so können wir allerdings das für den Letzteren Bestimmte nicht auf den Ersteren anwenden, und wenn Justinians Lit. Cont. eine Reihe von Handlungen combinirte, welche bei uns der Zeit nach sehr auseinandergerückt sind: so entsteht freilich die Frage, ob Das, was Justinian mit seiner Lit. Cont. eintreten ließ, nicht bei uns schon mit einer der von der Lit. Cont. losgerissenen und in einen früheren Zeitpunkt fallenden Handlungen eintreten müsse. Allein einestheils müssen wir bei den Wirkungen, welche das Röm. Recht für Folgen der Lit. Cont. erklärt, doch stets im Zweifel davon ausgehen, daß zu ihrem Eintritt die ganze Lit. Cont. gehöre, d. h. daß sie nur eintreten sollen, wenn es zum Endpunkte der Lit. Cont. gekommen ist, und so können wir sie nicht übertragen auf eine Handlung, die vor diesem Endpunkte liegt; anderntheils erschienen ja schon theilweise zur Zeit des classischen Röm. Rechts und erscheinen durchaus zu Justinians Zeit die drei Haupthandlungen der Einleitung des Prozesses (Anbringen der Klage, Mittheilung derselben an den Beklagten und dessen Ladung, Beantwortung der Klage) nicht in dem Acte der Lit. Cont. vereinigt, sondern als äußerlich durchaus getrennte Handlungen [6a]), und gerade der Umstand, daß das Röm. Recht allmählig einige Wirkungen der Lit. Cont. an solche getrennte der Lit. Cont. voraufgehende Handlungen knüpfte, beweist, daß es diese Isolirung wohl beachtete, und auch außerdem beweisen noch manche Stellen aus dem classischen Röm. Recht, daß eine solche Trennung stattfand und beachtet wurde (z. B. D. IV, 5 ex quib. caus. maj. *l.* 24 *l.* 25 *l.* 26 pr. II, 11 si quis caut. *l.* 10 § 2 IX, 4 de nox. act. *l.* 26. § 4). Wenn es dann aber nicht weiter ging, d. h. doch manche Wirkungen der Prozeßeinleitung an den Schlußpunkt, an die Lit. Cont., geknüpft seyn läßt, was kann uns bei der Anwendung des Röm. Rechts befugen, das Gegentheil zu thun und diese Wirkungen nicht an den Schlußpunkt zu knüpfen? Wir müssen sie vielmehr auch an denselben

6a) Vrgl. auch Mühlenbruch Entw. des Civilproz. 2. Ausg. § 247 a. E.

und also an unsre Lit. Cont. knüpfen, wenn und soweit der Schlußpunkt der Letzteren mit jenem Schlußpunkte im Wesentlichen zusammentrifft. So wird es also bei der Frage, ob die gewöhnliche Ansicht — nach welcher diejenigen Wirkungen, die noch im Justinianischen Recht Folgen der Lit. Cont. sind, auch in unsrem Prozesse an Das gebunden seyn sollen, was wir Lit. Cont. nennen — richtig sey, hauptsächlich darauf ankommen, ob unsre Lit. Cont. im Wesentlichen denselben Prozeßabschnitt bildet, welchen die Lit. Cont. des Justinianischen Rechts bildete.

Das Canonische Recht geht bei der Litis Contestation im Wesentlichen von demselben Begriffe aus, wie das Justinianisch Römische Recht, indem es sagt[7], die Litis Contestation geschehe per petitionem in jure propositam et responsionem factam, wobei es unter responsio ohne Zweifel nichts Anderes versteht, als (wie auch das Justinianische Recht) die contradictio des Beklagten[8]). Auch nach Canonischem Recht sind es somit immer beide Parthieen, welche litem contestiren, den Streit unter sich befestigen; den Endpunkt aber bildet die Antwort des Beklagten auf die Klage, seine allgemeine Erklärung gegen die Klage. Nur ist es keine Abweichung vom Römischen Recht

7) X. I, 6 de elect. cap. 54 § 1.

8) Anderer Ansicht ist Bayer Vorträge über ordentl. Civilproz. 7. Aufl. S. 329. Er glaubt, das Canon. Recht habe den Röm. Begriff der Lit. Cont. irrthümlich erweitert und an die Stelle eines Widerspruchs des Beklagten überhaupt eine Antwort desselben, also möglicher Weise auch eine bejahende, gesetzt, wozu wahrscheinlich die Glossatoren Veranlassung gegeben hätten. Allein es ist wohl ganz augenscheinlich, daß das Röm. Recht selbst es war, aus welchem das Can. Recht seinen Ausdruck responsionem, überhaupt seinen ganzen Begriff nahm. Denn was in C. III, 1 de judic. cst. 14 § 1 durch narratio et contradictio ausgedrückt ist, wird in anderen gleichzeitigen Stellen des Röm. Rechts (cst. 2 pr. C. II, 59 d. jurejur. propt. calumn.) durch narratio et responsio bezeichnet. — Die Antwort des Beklagten kann übrigens in Beziehung auf den Klaggrund eine bejahende und dabei doch eine wahre Litis Contestation (d. h. eine zum Streit führende, die Klage negirende Erklärung) seyn, wenn sie nämlich den Anspruch des Klägers durch Einreden ganz oder theilweise abzuwenden sucht oder die vom Kläger aus dem Klaggrunde gezogenen juristischen Folgerungen in Abrede zieht. Ist aber nicht einmal dieß der Fall: so führt die Antwort nicht zum Streite über die Klage.

(vgl. H. II. S. 12), wenn das Canonische Recht eine Erklärung des Beklagten, welche blos im Vorschützen peremtorischer Einreden besteht, nicht als Lit. Cont. gelten läßt und vorschreibt, daß der Beklagte, wenn er, ohne sich irgend weiter über die Klage zu erklären, blos peremtorische Einreden vorschützen will, sofort zur Lit. Cont. angehalten werden soll (Not. 9). Darin aber weicht es vom Röm. Recht ab, daß es bei einzelnen peremtorischen Einreden, bei den exceptiones litis finitae (z. B. exc. rei judicatae), eine Ausnahme macht, indem nach Can. Recht über diese vor der Lit. Cont. verhandelt und entschieden werden soll [9].

Auch die älteren Deutschen Reichsgesetze faßten in gleicher Weise, mit dem Justinianischen Recht im Wesentlichen ganz übereinstimmend, die Litis Contestation auf. Unter Lit. Cont. oder Kriegsbefestigung verstanden sie die erste Verhandlung beider Parthieen über die Sache selbst, durch welche es wirklich zum Streite oder Prozesse über die Klage kommt, also das im ersten Termin wiederholte Vorbringen der (dem Kläger vorher schon mitgetheilten) Klage und die allgemeine Antwort des Beklagten auf dieselbe, durch welche er sich darüber erklärt, ob er der Klage geständig sey oder nicht. Erst nach dieser Streitbefestigung kam es (wie im Justinianischen Recht) zu den genaueren Erklärungen über die Klage, und zu dem Ende konnte dann die Klage, wenn sie blos summarisch gefaßt war, vom Kläger zum Zwecke weiterer Verhandlung in besondere Artikel gebracht werden [10]. Diese letztere Befugniß des Klägers

---

9) In VI^to II, 3 de lit. cont. cap. 1, 2.

10) Kammer G. O. v. 1555 Thl. III, Tit. 13, 14 (Neue Sammlung der Reichsabschiede Thl III S. 115, 116). Sie bestimmt a. a. O., daß die Parthie, welche „litem negative contestiren will, andere oder mehr Worte nicht „gebrauchen soll denn: in Sachen N. contra N. bin ich der Klage nicht ge„ständig, bitt mich von derselbigen mit Abtrag Kostens und Schadens zu er„ledigen", und mit diesen Worten soll der Krieg, ob auch der Lit. Cont. nicht „ausdrücklich Meldung geschehe, befestigt zu seyn gehalten und verstanden wer„den, dagegen (was hiernach auch noch zur Kriegsbefestigung gerechnet wird) „des Klägers Anwalt nicht anders mündlich fürtragen soll, dann nämlich also: „in angeregter Sach repetire ich meine articulirte Klag anstatt der Articul, bitt „Inhalt derselben, oder so die Klag nicht articulirt, also: in angeregter Sach „erhole ich meine Klag und bitt Zeit zu fernerer Handlung. Darauf in beiden

erkennen auch das I. und II. Württ. Landrecht an [11]. Dieselbe wurde zwar später in den Reichsgesetzen aufgehoben, wie dieß auch vom III. Württ. Landrechte (1610) geschah [12]; allein die Bedeutung der Streitbefestigung blieb in den Reichsgesetzen (über das Württ. Recht s. unten) dieselbe; sie besteht in der Feststellung der Frage, ob es über die Klage zum Streite kommen soll, und wird vollendet durch die allgemeine in diesem Sinne gegebene Erklärung des Beklagten (**litis contestatio generalis**) [13]. Sie war gleichsam eine gemeinsame vorläufige Handlung über die Einlassung auf den Streit durch das Vorbringen des Klägers und die allgemeine Erklärung von Seiten des Beklagten, ob er die Klage so, wie sie gestellt ist, zugebe oder nicht, wodurch im Allgemeinen der Streit fixirt wurde, und auf gleiche Weise scheinen auch noch die beiden ersten Württ. Landrechte (1555 u. 1567) die Lit. Cont. aufzufassen [14]. Hiernach konnte es nach den Reichsgesetzen, wie nach Röm. Recht, eigentlich eine affirmative Lit. Cont. nicht geben. Denn gab der Beklagte Alles zu, ohne Einreden vorzuschützen: so kommt es gar nicht zu einem Streite; er wird verurtheilt und es ist gegen ihn mit der Execution vorzuschreiten. Gab er aber den faktischen Klaggrund zu und läugnete die vom Kläger daraus gezogenen juristischen Folgerungen, den Anspruch des Klägers: so war durch diese Erklärung allerdings eine Lit. Cont. bewirkt [15]; denn es kam nun wirklich zum

---

„Fällen, als nämlich, da der Kläget seine articulirte Klag anstatt der Articul „repetirt, dem Beklagten zu antworten, oder so die Klag nicht articulirt, deren „Kläger zu articuliren Zeit auf nächsten Termin zugelassen seyn soll".

11) S. II. Landr. Fol. 89 in Riecke's Gerichtsgess. I S. 239

12) Landr. I, 28 § 2.

13) ReichsA. v. 1570 § 88—91. Vrgl. auch ReichsA. v. 1594 § 59—64 (Neue Samml. d. R.AA. III S. 299, 430).

14) Die beiden Landrechte sagen nämlich: „Es heißt vnd würdt aber der „krieg rechtens dannmals verfangen vnd für befestigt gehalten, wann „nach eingebrachter vnd übergebener klag der Beklagt darauf mit gestehen oder „widersprechen derselbigen (wölches dann mit guten lauttern worten, mit ja oder „nein, gestehen oder nit gestehen, geschehen solle) antwurt geben hat." Damit ist nicht gesagt, daß blos die Handlung des Beklagten Lit. Cont. heiße, sondern nur, daß durch seine Handlung die Lit. Cont. beendigt werde.

15) Im älteren Röm. Recht, zur Zeit des Formularprozesses, entschied in

Streite über die Klage, wenn auch der Streit nur den Rechtssatz betraf; aber jene Erklärung war nun auch eine Verneinung der Klage, eine negative Lit. Cont. Gab er endlich den historischen Klaggrund zu, brachte aber Einreden vor: so war dieß wieder eine negative Lit. Cont., weil er der Klage, wie sie vorgebracht war, im Ganzen doch nicht stattgab und es somit zum weiteren Streite kam (vgl. Not. 8 a. E.).

Der jüngste Reichsabschied von 1654 § 37 ging noch einen Schritt weiter. Er verwirft die generelle Lit. Cont. Es soll im ersten Termine nicht blos eine allgemeine Fixirung des Streites stattfinden, sondern der Beklagte sich sogleich ganz speziell über die Klage in allen ihren Beziehungen erklären (und dieser Erklärung, falls er Einreden vorzuschützen hat, auch diese anhängen)[16]. Diese Erklärung nennt der Reichsabsch. § 40 Einlassung in die Hauptsache[17]. Dadurch aber wurde das Wesen der Lit. Cont. nicht geändert; sie war und blieb, wie im neuesten Römischen und im älteren reichsgerichtlichen Prozesse, die Befestigung des Streites durch die Klage und die darauf erfolgte

---

einem solchen Falle der Magistratus sofort selbst, so daß es nicht zum judicium, zum Verfahren vor dem Juder, und somit auch nicht zu der eigentlichen dasselbe vorbereitenden Lit. Cont. kam.

16) Die Bestimmung des Canon. Rechts und älterer Reichsgesetze, nach welcher die except. litis finitae vor der Lit. Cont. vorgeschützt und verhandelt werden konnten, wurde schon im R. A. v. 1570 § 89 aufgehoben. Der J. R. A. aber verlangt, daß alle Einreden stets mit der Lit. Cont. verbunden, also nicht später vorgeschützt werden sollen.

17) Schon hieraus und noch aus dem R. A. v. 1570 § 89, 90, auf den sich der J. R. A. v. 1654 § 37 ausdrücklich bezieht, dürfte sich die Unrichtigkeit der Behauptung von Sintenis (Erläutt. I. S. 139 f.) ergeben, nach welcher der § 37 des J. R. A. nicht die Lit. Cont. bezeichnen, derselbe überhaupt den Ausdruck Lit. Cont. oder Kriegsbefestigung absichtlich umgangen und diesen Begriff ganz verwischt haben soll. Sintenis führt selbst an, daß im § 110 des J. R. A. das Wort Litis Contestation vorkomme, meint aber nur, „daß es da aus alter Gewohnheit mit untergelaufen" sey. Allein gerade diese Stelle gebraucht den Ausdruck ganz augenscheinlich für die im § 37 bezeichnete Einlassung (s. auch Mühlenbruch Entwurf des Civilproz. 2. Aufl. 1840 S. 123, 124 und Hefftet Civilproz. 2. Aufl. § 348—350). Meines Wissens legten auch weder die Juristen des XVII. Jahrhunderts noch die Reichsgerichte dem jüngsten R. A. irgend den Sinn bei, welchen Sintenis in ihm finden will.

ganz oder theilweise verneinende Antwort des Beklagten [18], nur daß diese nicht mehr generell gefaßt seyn durfte, sondern namentlich in Beziehung auf den historischen Klaggrund auf jeden Punkt sich bestimmt einlassen mußte, und daß beim schriftlichen Verfahren von einem Erscheinen beider Parthieen und einer Wiederholung der Klage in diesem Termine und der sofort darauf folgenden Antwort nicht die Rede seyn konnte, somit der Act, durch welchen die Lit. Cont. beendigt wird, als ein isolirter von Seiten des Beklagten erscheint. Faßt man die Lit. Cont. so auf: so mußte, wie schon oben bemerkt wurde, jede wahre Litis Contestation (d. h. welche wirklich zum Streite führen sollte) von Seiten des Beklagten eine negative seyn, durch sie das Recht des Klägers ganz oder theilweise in Abrede gezogen werden.

Auf diese Weise und zugleich als einen Act beider Parthieen faßten wirklich auch Schriftsteller, die zur Zeit des jüngsten Reichsabschieds lebten und nach ihm schrieben, die Sache auf, z. B. Lauterbach Colleg. Pand. V, 1 § 15—21. Indessen schwankte die Doctrin auch schon in früherer Zeit sehr über die nähere Bestimmung des Acts, der eigentlich Lit. Cont. genannt werden sollte, und allmählig entwickelte sich aus diesem Schwanken die Ansicht, daß eigentlich blos der Beklagte es sey, welcher litem contestire, und daß die Lit. Cont. in seiner Antwort auf die Thatsachen bestehe, auf welche der Kläger die Klage gründe. Bei dieser beschränkten Beziehung, die man so der Lit. Cont. gab, konnte man dann allerdings die Lit. Cont. in eine negative und affirmative eintheilen, weil man nur einen Theil der Antwort des Beklagten, eine gewisse Richtung derselben, durch Lit. Cont. bezeichnete und in diesem Sinne auch die affirmative Lit. Cont. zum Streite führen konnte, wenn nämlich der Beklagte zwar den factischen Klaggrund zugab (affirma-

---

18) Insoferne ist theilweise richtig, was Bayer a. a. O. S. 332 sagt. Durch den J. R. A. wurde die Bedeutung und das Wesen der Lit. Cont. nicht geändert; sie besteht auch nach ihm, was die Thätigkeit des Beklagten betrifft, in der Erklärung, daß er die Klage bestreite und es auf den Prozeß ankommen lassen wolle. Allein diese Erklärung muß nach dem J. R. A. eine genaue Antwort über die der Klage zu Grunde liegenden Facta enthalten, außer der Beklagte würde sie alle unbedingt zugeben oder unbedingt bestreiten.

tive Lit. Cont.), aber Einreden vorschützte oder die juristischen Consequenzen, die der Kläger aus dem historischen Klaggrunde herleitete, in Abrede zog.

Zu dieser beschränkten Beziehung der Litis Contestation gaben übrigens die Reichsgesetze selbst Veranlassung. Es lag ihnen (wie gewissermaaßen auch schon der Italienischen Jurisprudenz des Mittelalters) eine überwiegende Beziehung der Lit. Cont. auf die Thätigkeit des Beklagten zu Grunde, und dieß war auch natürlich, da durch dessen erste Haupterklärung die Frage, ob und wie es zum Streite kommen werde, entschieden wurde. Dabei sprechen sie schon von einer negativen Lit. Cont. Denn sie nennen die Erklärung des Beklagten auf die Klage dann, wenn sie in einer allgemeinen Verneinung der Klage besteht, eine negative Lit. Cont.[19]; sie geben auch unvermerkt, wie die Doctrin ihrer Zeit und auch schon die Italienische Jurisprudenz, der Haupterklärung des Beklagten, durch welche die Lit. Cont. vollendet wird, immer mehr die Beziehung auf die factischen Verhältnisse der Klage, auf die Thatsachen, die der Klage zu Grunde liegen, auf die narrata des Klägers. Noch mehr mußte der J.R.A. zu dieser Beziehung der Lit. Cont. Veranlassung geben, da er gleich in der ersten Antwort des Beklagten eine spezielle Beantwortung der factischen Grundlage der Klage verlangt und dieß Einlassung in die Hauptsache nennt, und da er, wie auch schon frühere Reichsabschiede, z. B. der von 1570 § 89, mit dem Vorschützen prozeßhindernder Einreden die Verbindung einer eventuellen Lit. Cont. („eventuell-hauptsächliche Handlung", J. R. A. § 40) vorschreibt, und so die Lit. Cont. auf jene directe Erklärung über die Klage bezieht.

Uebrigens hatte sich im XVII. Jahrhundert die beschränkte Beziehung der Lit. Cont. auf diese Einlassung des Beklagten auf die Klage noch nicht fest ausgebildet, und es ist nicht uninteressant,

---

19) Vrgl. Not. 10. Ob sie unter dem Gegensatze, der affirmativen Lit. Cont., eine allgemeine Bejahung der Klage verstanden, (also eine contestatio litis, die nicht zur lis führen würde) ist die Frage; denn zu ihrer Zeit verstanden Viele unter affirmativer Lit. Cont. (weit natürlicher und der Sache angemessener) die Erklärung des Klägers bei der Lit. Cont., sein Bestehen auf der Klage; s. Not. 21.

zu sehen, wie die Juristen dieser Zeit in dieser Hinsicht zu einer festen Ansicht nicht recht kommen konnten. Ich will hier nur zwei näher anführen, die gerade für das Württ. Recht von Bedeutung sind, einen Mitvotanten bei dem III. Württ. Landrecht, Heinrich Bocer (Mein Handbuch Bd. I S. 337), und Lauterbach. Der Erstere sagt in einer Disputation de litis contestatione[20]: Lit. Cont. sey „causae, de qua controversia est „ex utraque parte facta narratio, at cum apud judicem „actor petitionem suam proponit et ad eam reus ita re„spondet, ut testetur et declaret mentem suam, quod „velit illius controversiae nomine cum actore coram ipso „judice litigare.“ Er faßt also die Lit. Cont. als eine Handlung beider Parthieen auf und sagt noch ausdrücklich, sie bestehe aus 2 Stücken: der intentio actoris und der entgegengesetzten responsio rei (wie das Röm. Justinianische und das Canonische Recht). Allein im Verlaufe der Disputation verläßt er diese Prämissen und gibt die zweiseitige Beziehung der Lit. Cont. auf, ohne sich recht über diesen Widerspruch zu erklären. Er theilt nämlich die Lit. Cont. ein in affirmativa und negativa, sagt, die Ansicht Derjenigen, welche die Erstere auf die Erklärung des Klägers, die Letztere auf die des Beklagten beziehen, theile er nicht[21], vielmehr verstehe er unter affirmativer Lit. Cont., wenn der Beklagte nicht läugne, daß dem Kläger an sich ein Klagrecht zukomme, aber Einreden vorschütze, durch welche er die Klage indirect zu vernichten beabsichtige[22]; unter negativer Lit. Cont., wenn der Beklagte einfach läugne und seine Verbindlichkeit gegen den Kläger in Abrede ziehe. Dadurch faßt er also die Lit. Cont. blos als Act des Beklagten

---

20) H. Boceri disputationum de universo jure Pars II. Class. VI. disp. XIX nr. 2, 4, 13—19, 29.

21) Ueber diese Eintheilung vrgl. auch aus dem XVI. Jahrh. Göddaeus Commentar. in tit. Dig. de verb. signif. ad leg. 36.

22) Wenn der Beklagte unbedingt die Klage zugebe, ohne Einreden vorzuschützen: so sey dieß, sagt Bocer, keine Lit. Cont., weil eben durch dieses Bekenntniß aller Streit abgeschnitten werde; gewöhnlich aber nenne man dieß doch auch Lit. Cont. (affirmativa), und dabei bezieht er sich dann auf das Württ. Landr. I, 25 § 2.

auf und zwar nur als einen Theil dieſes Actes, blos als die directe Antwort auf die Klage, aber nicht blos auf den factiſchen Klaggrund, ſondern auch auf den rechtlichen Theil derſelben, auf das Recht, das der Kläger an ſich in Anſpruch nimmt. Uebrigens, fügt er bei und kehrt dadurch wieder zu ſeinem urſprünglichen Begriffe zurück, könne man auch die Lit. Cont., welche er affirmative genannt habe, eine negative nennen, wenn man den Endzweck des Beklagten ins Auge faſſe, weil er auch beim Zugeſtehen der Klage an ſich durch Vorſchützen von Einreden ſeine Verbindlichkeit und das Recht des Klägers in Abrede ziehe; nur werde durch ein bloſes Vorſchützen peremtoriſcher Einreden ohne Erklärung auf die Klage an ſich lis nicht conteſtirt, wenigſtens nicht nach Canoniſchem Recht. Lauterbach (in ſeinen Pandectenvorleſungen a. a. O.; einige Jahrzehnte nach dem jüngſten Reichsabſchied) ſtimmt im Weſentlichen ganz mit Boeer überein, ſelbſt in ſeinen Inconſequenzen. Er definirt ganz mit Boeer's Worten die Lit. Cont. als eine Handlung beider Parthieen, faßt ſie aber bei der Entwicklung ihrer Eintheilungen lediglich als Handlung des Beklagten auf und zwar als directe Erklärung deſſelben auf das Vorbringen des Klägers, ſchwankt jedoch bei der näheren Beſtimmung Deſſen, was Lit. Cont. affirmativa und negativa von Seiten des Beklagten ſeyn ſoll, und ſcheint am Ende dahin zu kommen, das Hauptmoment der Lit. Cont. auf die Erklärung des Beklagten über die der Klage zu Grunde liegenden Thatſachen zu legen.

Später wurde es immer beſtimmtere Anſicht, die Lit. Cont. blos auf die Erklärung des Beklagten über den hiſtoriſchen Klaggrund, auf die Einlaſſung des Beklagten auf die factiſchen Grundlagen der Klage zu beziehen, und die gewöhnliche Definition von Lit. Cont., die man bei den ſpäteren Juriſten, zum Theile ſogar unter Berufung auf das Canoniſche Recht, findet, iſt: responsio ad factum in actione propositum, animo, judicium cum actore suscipiendi. Völlige Einigkeit iſt aber auch hierüber bis in die neueſte Zeit in ſo ferne nicht, als Manche die Erklärung über den rechtlichen Theil des Klagfundaments bald ganz bald theilweiſe noch zur Lit. Cont. oder Einlaſſung ziehen, ſomit die Lit. Cont. nicht blos auf die

Erklärung über den historischen Klaggrund beschränken. Die herrschende Ansicht aber ist, daß bei uns Lit. Cont. oder Kriegsbefestigung (Streitbefestigung) oder Einlassung auf die Klage die Erklärung des Beklagten über die Wahrheit der Thatsachen, auf welche der Kläger sein Recht gründet, bedeute.

Was das Württ. Recht, insbesondere zunächst das (dritte) Landrecht von 1610 betrifft: so bezieht dasselbe die Lit. Cont. entschieden blos auf die Handlung des Beklagten (L. R. I, 28 § 3. I, 25 § 2) und zwar auf seine Erklärung über die Klage in der Absicht, dadurch in den Streit über die Klage selbst sich einzulassen. Es sagt nämlich (I, 25 § 2): „Vnd weil die Kriegsbevöstigung (oder Litis Contestatio s. L. R. I, 25 § 6) anders nichts ist, dann ein Antwort auff des Clägers begehren, so heißt vnnd würdt der Krieg Rechtens verfangen vnd für bevöstigt gehalten, wann der Antworter auff die eingebrachte Clag mit Ja oder Nein mit Gestehen oder Widersprechen antwort gibt." Dabei trennt es diese Kriegsbefestigung von dem blosen Vorschützen von Einreden, welches nach ihm so wenig zu dem eigentlichen Acte der Litis Contestation gehört (L. R. I, 23 § 14 I, 25 § 8 im Anfang), als die spezielle Antwort auf die articulirte Klage (L. R. I, 28 § 3). Das Landrecht versteht also unter Lit. Cont. die allgemeine Erklärung des Beklagten, ob er die Klage zugebe oder nicht, so daß es, wie schon Boeer bemerkt, auch dann eine Lit. Cont. als geschehen annimmt, wenn der Beklagte die Klage unbedingt zugibt und er deßhalb als verurtheilt zu behandeln und gegen ihn mit Execution einzuschreiten ist (L. R. I, 25 § 3 vrgl. mit I, 33 § 1). Dabei bezieht es aber in anderen Stellen die Lit. Cont. hauptsächlich auf die Erklärung des Beklagten über den historischen Klaggrund; s. z. B. I, 25 § 9 a. E. I, 28 § 1, 3. So ist deßhalb nach dem Landrechte eigentlich Kriegsbefestigung, Litis-Contestation diejenige Handlung des Beklagten, durch welche er sich in der Absicht, die Sache vor Gericht zu bringen, über die Klage selbst und namentlich über die Wahrheit der Thatsachen, auf welche der Kläger seinen Anspruch gründet, im Allgemeinen erklärt.

Der Sprachgebrauch des Landrechts weicht sonach von dem Sprachgebrauche, wie er später entschiedener in der gemeinrecht-

lichen und partikularrechtlichen Doktrin und Praxis sich bildete und wie er auch den neueren Württembergischen Prozeßgesetzen zu Grunde liegt (vrgl. IV. Edict von 1818 § 93), nur insofern ab, als das Landrecht jene ganze Handlung des Beklagten überhaupt, die gesammte Erklärung des Beklagten auf die Klage selbst, Lit. Cont. nennt, sey es, daß der Beklagte die Klage nach ihrer faktischen Grundlage unbedingt und ohne weiteren Beisatz, somit auch in ihren rechtlichen daraus gezogenen Folgerungen zugibt (L. R. I, 25 § 3) oder daß er die Klage mit Beschränkung oder mit Einmischung von Einreden zugibt (L. R. I, 25 § 4) oder die Klage in ihrer factischen Begründung bejaht, aber in der rechtlichen verneint u. s. w., wenn nur in seiner Handlung eine Erklärung auf die Klage selbst, namentlich auf ihren historischen Klaggrund, liegt (L. R. I, 25 § 2. 5. I, 28 § 1. I, 67 § 4). Jetzt aber nennt man Lit. Cont. oder Einlassung blos einen Theil jener Handlung, aber einen wesentlichen, nämlich die Erklärung auf den factischen Klaggrund, und verlangt, daß diese Erklärung genau und bestimmt auf alle factische Momente, auf welche die Klage gestützt ist, sich einlasse.

Hiernach ist also Lit. Cont. im jetzigen Sinne oder Einlassung auf die Klage vorhanden, sobald der Beklagte über den historischen Klaggrund in der Absicht, dadurch auf die Klage selbst sich einzulassen, seine Erklärung abgibt, mag es nun dadurch zu einem weiteren Streite nicht kommen, indem er den historischen Klaggrund zugibt (Lit. Cont. affirmativa) und auch die juristische Begründung der Klage nicht läugnet und keine weiteren Vertheidigungsgründe vorbringt, oder mag es dadurch zum weiteren Streite wirklich kommen. Auch in dem letzteren Falle aber heißt nur derjenige Theil seiner Erklärung Lit. Cont. oder Einlassung, welcher sich auf die historischen Gründe der Klage bezieht. Wenn er daher die historischen Klaggründe zugibt, aber die von dem Kläger aus denselben gezogenen rechtlichen Consequenzen läugnet oder Einreden vorschützt, also der Klage im Ganzen nicht sich fügt, die Forderung des Klägers somit verneint: so ist dieß doch eine Lit. Cont. affirmativa, bejahende Einlassung, weil er die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen zugab. Eine negative Lit. Cont., verneinende

Einlassung, ist nur vorhanden, wenn er den historischen Klaggrund läugnet, und eine gemischte, wenn er ihn theils läugnet, theils zugibt.

Gar keine Lit. Cont. ist aber vorhanden, wenn er blos Einreden vorschützt und über die Klage selbst, wie sie vorgebracht ist, sich zu erklären verweigert. Dieß schon nach Canonischem Rechte, den Deutschen Reichsgesetzen, wie nach dem Württ. Landrechte und den neueren Württ. Prozeßgesetzen (IV. Edict v. 1818 § 90—94). Diese Einlassung zu verweigern ist aber der Beklagte in der Regel nicht befugt; Ausnahmen läßt die Reichsgesetzgebung nur bei gewissen dilatorischen Einreden zu. Aber die gemeinrechtliche Praxis dehnte diese Ausnahmen sehr aus (s. unten S. 86, 87), und dieser Praxis folgte theilweise auch die neuere Württ. Gesetzgebung, indem sie dem Beklagten gestattet, die Einlassung zu verweigern, wenn er die Einrede des Spoliums oder solche verzögerliche Einreden vorschützt, durch deren Entfernung die Gültigkeit und Wirksamkeit des ganzen Verfahrens bedingt ist (IV. Edict § 90, 94), oder wenn er sich, was die zerstörenden Einreden betrifft, darauf beruft, daß die Sache früher schon durch Vergleich oder rechtskräftiges Urtheil beigelegt worden sey (Einwendungen des geendigten Rechtsstreites, IV. Edict § 93). In solchen Fällen, in welchen der Beklagte sich auf die Klage selbst einzulassen nicht verbunden ist, kann es wohl seyn, daß er doch zur Begründung seiner Einreden sich über Einzelnes, was in der Klage enthalten ist, äußert. Dieß gilt aber dann, wenn er nicht dabei die Absicht hatte, sich auf die Klage wirklich einzulassen, nicht als Lit. Cont., und das Württ. Landrecht, welches auch Verweigerung der Einlassung, zum Theil in noch größerer Ausdehnung, zuließ (bei den dilatorischen Einreden, aber nicht bei den peremtorischen, L. R. I, 23 § 10. 14), erwähnt für einen solchen Fall noch besonders einer Protestation des Beklagten, daß er durch die Berührung des Inhalts der Klage den Krieg Rechtens nicht habe befestigen wollen, wodurch er die Deutung seiner Handlung als Lit. Cont. abwende [23].

---

23) L. R. I, 23 § 9. Diese Stelle scheint Reinhardt Landr. Bd. IV. S. 170 nicht richtig aufzufassen. Er nennt sie sehr auffallend (was sie in der That nicht

Bei der Frage nun, an welchen Prozeßabschnitt bei uns die Wirkungen zu knüpfen sind, welche noch das neueste Röm. Recht der Litis Contestation beilegt, kommt es zunächst darauf an, in wieweit der Prozeßabschnitt, in welchen die von uns sogenannte Litis Contestation fällt, mit dem Prozeßabschnitte zusammentrifft, den die Justinianische Lit. Cont. bildete. Das Justinianische Recht, wie unser heutiges, unterscheidet bei den prozeßeinleitenden Handlungen ganz bestimmt drei Stadien: die Einreichung der Klage bei dem Richter, dann die Mittheilung derselben an den Beklagten durch einen Officialen des Gerichts mit der Ladung und endlich nach Ablauf der den Parthieen gegebenen Termine das Erscheinen der Parthieen vor Gericht, in welchem nun die erste gegenseitige Verhandlung der Sache und die Lit. Cont. vorkam (nur bei dilatorischen Einreden von rein prozeßualischer Natur trat eine Ausnahme ein, indem ihr Vorschützen die Lit. Cont. abwendete (oben H. II S. 12). Ganz dieselben Einleitungsstadien unterscheidet auch unser gemeinrechtlicher Prozeß, nur daß beim schriftlichen Prozesse das dritte Stadium durch die Antwort des Beklagten auf die Klage vertreten wird und daß es in demselben nicht in allen Fällen zu der von uns s. g. Lit. Cont. zu kommen hat. Rechtliche Wirkungen daher, welche das Röm. Recht an seine Lit. Cont. knüpft, können wir (und dieß ist der Punkt, in welchem mir Sintenis zu fehlen scheint) unmöglich an einen Prozeßabschnitt unsres Prozesses knüpfen, der ein früheres Stadium ist, als in welches die Röm. L. C. gefallen seyn würde. Wir können sie also weder an die Ladung des Beklagten und noch viel weniger schon an die Einreichung der Klagschrift knüpfen; denn darin, daß das Röm. Recht sie an die Lit. Cont. knüpft, liegt ja die entschiedene Erklärung, daß sie weder schon mit der Ladung noch mit dem Erheben der Klage

---

ist, sobald man sie in dem angegebenen Sinne nimmt) und glaubt sogar, daß sie durch den Geist des neueren Württ. Verfahrens ihre Gültigkeit verlohren habe und daß ohnehin eine solche Verwahrung eine protestatio facto contraria sey, während, wenn man sie in dem oben entwickelten Sinne nimmt, weder das Erstere noch das Letztere richtig ist. S. auch Lauterbach Coll. Pand. V, 1 § 16 und die dort angef. Württ. Schriftsteller und den Fall in den Consil. Tubingens. Vol. II. cons. 133 nr. 4.

eintreten sollen. Die Frage kann daher bei uns nur die seyn, an welchen nach der Ladung eintretenden Prozeßabschnitt bei uns diese Wirkungen zu knüpfen sind. Theoretiker und Praktiker und die Praxis seit Jahrhunderten antworten hier beinahe ohne Ausnahme, sie seyen an den Prozeßabschnitt zu knüpfen, in welchem unsre Lit. Cont. vorkommt, sie treten also ein, sobald der Beklagte seine Erklärung über die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen bei Gericht abgelegt hat. Für die Regel ist auch diese Ansicht gewiß richtig. Zwar könnte man, wie es scheint, einwenden, daß unsre Lit. Cont. blos eine einseitige Handlung des Beklagten und zwar blos die Erklärung desselben über die vom Kläger angeführten Thatsachen sey, während die Justinianische eine Handlung beider Parthieen und die contradictio des Beklagten, durch welche die Lit. Cont. vollendet wird, nicht auf jene Erklärung beschränkt war, sondern seine Erklärungen auf die Klage überhaupt umfaßte. Allein dieß entscheidet hier deßhalb nichts, weil es blos auf die Bestimmung des Prozeßabschnitts ankommt und unsre Einlassung oder Lit. Cont. in der Regel gerade genau in denselben Prozeßabschnitt fällt, den die Röm. Lit. Cont. bildete, weil in diesem Prozeßabschnitte bei uns im Wesentlichen ganz dasselbe vorkommt, was bei der Justinianischen Lit. Cont. (nur daß man bei uns blos einen Theil der in denselben fallenden Thätigkeit des Beklagten Lit. Cont. oder Einlassung nennt, was aber in der Sache selbst etwas ganz Indifferentes ist), und weil der Schlußpunkt unsrer Lit. Cont. mit dem der Justinianischen durchaus zusammenfällt, da er dort wie hier durch die responsio des Beklagten gebildet wird. In einem Punkte aber weicht allerdings unser heutiges gemeines Recht wesentlich vom Römischen ab. Es ist nämlich zu beachten, daß bei uns in gewissen Fällen ein Prozeß Monate, ja Jahre lang ganz ernstlich dauern kann, ehe es zu unsrer Lit. Cont. kommt; zwar nicht nach den spätern Reichsgesetzen, namentlich nicht nach dem jüngsten Reichsabschiede, aber nach unsrer gemeinrechtlichen Praxis, indem diese, theilweise zum Canonischen Rechte zurückkehrend und es noch erweiternd, den peremtorischen s. g. prozeßhindernden Einreden und allen sofort liquid machbaren peremtorischen Einreden die Wirkung beilegte, daß sie von

jeder, auch der eventuellen, Einlassung befreien. Hier konnte dann, obwohl es wirklich zum Prozesse kam, während der Dauer des Prozesses die Einlassung, also Das was wir Lit. Cont. nennen, sehr lange hinausgeschoben werden, und hier, aber blos in einem solchen Falle, wäre es ganz gegen den Sinn des Röm. Rechts, die Wirkungen der Lit. Cont. unbedingt erst dann eintreten zu lassen, wenn es später nach Verwerfung jener Einreden zur Einlassung kam; denn nach Röm. Recht mußte der Beklagte im ersten Termine, auch wenn er peremptorische Einreden vorschützte, sich auch darüber erklären, ob er die Klage zugebe oder nicht (H. II S. 12), und die Wirkungen der Lit. Cont. traten von diesem Termine an ein. Allein diese Verschiedenheit rechtfertigt es, wie schon oben gezeigt wurde, keineswegs, nun bei uns die Wirkungen der Lit. Cont. an einen früheren Zeitpunkt, als selbst das Röm. Recht will, zu knüpfen; denn dieß hieße das Röm. Recht nicht in seinem Sinne auf unsre Verhältnisse übertragen, sondern bei dieser Uebertragung von seinem Sinne und Geiste wesentlich abweisen; sie nöthigt nur, die Wirkungen in dem Zeitpunkte eintreten zu lassen, in welchem sie nach Röm. Recht eintreten sollten, wenn er auch nicht mit unsrer Lit. Cont. zusammentrifft. Da aber die Frage in dem Falle ganz bedeutungslos wird, wenn das Vorschützen von Einreden der genannten Art zur gänzlichen Abweisung des Klägers führt: so ergibt sich folgende Modification als die natürlichste, wie sie auch schon aus allgemeinen, im Röm. Recht anerkannten, Grundsätzen fließt (vrgl. D. II, 11 si quis caut. *l.* 10 § 2. IX, 4 de nox. act. *l.* 26 § 4 IV, 5 ex quib. caus. maj. *l.* 24, 25, *l.* 26 pr. § 4—6): daß die Wirkungen der Lit. Cont. mit der ersten Erklärung des Beklagten auf die eingereichte Klagschrift, wenn sie auch keine Einlassung enthält, dann als eingetreten anzunehmen sind, wenn er auf eine Weise, die sich später wirklich als unbegründet erfindet, die Einlassung verzögert hat. Im Uebrigen aber treten die Wirkungen der Lit. Cont. des Justinianischen Rechts auch bei uns mit unserer Lit. Cont. ein.

Auf das gleiche Resultat kommt man auch nach dem Württ. Recht. Das Württ. Landrecht I, 25 § 6 spricht aufs Entschiedenste

die Ansicht aus, welche bei den Schriftstellern über das gemeine Recht zu seiner Zeit herrschte und auch in unsrer Zeit noch herrscht, nämlich die Ansicht, daß die Wirkungen, die das Röm. Recht an die Lit. Cont. knüpfte, bei uns an den Prozeßabschnitt gebunden seyen, den man in Deutschland und den namentlich das Landrecht durch Litis Contestation oder Kriegsbefestigung bezeichnet. Umfaßt nun auch die Lit. Cont. des Landrechts mehr, als was wir jetzt unter Einlassung oder Lit. Cont. nach dem Sprachgebrauche der Praxis und der neueren Württ. Prozeßgesetze verstehen (S. 82 f.): so bildet doch die Letztere einen wesentlichen Theil jenes Actes, ist immer in der Kriegsbefestigung des Landrechts enthalten und fällt mit ihr in einem Acte zusammen, so daß man unbedenklich im Sinne des Landrechts den Eintritt der Wirkungen der Lit. Cont. von dem Acte datiren kann, den wir jetzt Lit. Cont. oder Einlassung auf die Klage nennen. Allein auch nach unsrem Landrechte konnte die Kriegsbefestigung vom Beklagten durch allerhand Weiterungen hinausgezogen werden, indem namentlich vorher über die verzögerlichen Einreden entschieden werden mußte (Landr. I, 23 § 10 I, 25 § 1 vrgl. I, 23 § 14), und ebenso ist es der Fall nach dem neuesten Württ. Recht, zwar nicht mehr wegen aller dilatorischen Einreden, aber doch wegen gewisser und im Gegensatze zum Landrechte auch wegen einiger peremtorischen, den Einreden des beendigten Rechtsstreits. In solchen Fällen würde es in der That zu Ungereimtheiten führen, wenn man die Wirkungen der Lit. Cont. erst mit der wirklichen Einlassung oder Kriegsbefestigung eintreten lassen wollte, und so kommen wir daher auch hier auf dieselbe aus allgemeinen Grundsätzen fließende Beschränkung, die S. 87 nach gemeinem Recht vertheidigt wurde.

Hiernach erhalten wir nach gemeinem und Württ. Recht das Resultat: Was nach Justinianischem Recht noch Wirkung der Lit. Cont. ist, tritt auch bei uns erst mit unsrer Lit. Cont., mit der Einlassung auf die Klage ein; wenn aber der Beklagte in dem Termine, in welchem er über die Klage sich zu erklären hat, sich nicht einläßt: so sind mit diesem Termine doch jene Wirkungen als eingetreten anzunehmen, wenn er in einer Weise, die später wirklich als unbegründet erkannt wird, die Einlassung verzögert hatte.

III.

Die einzelnen Wirkungen der Prozeßeinleitung auf das materielle Recht und die Prozeßabschnitte, an welche sie gebunden sind.

Nach dieser Ausführung ist es auch für unser heutiges Recht von Wichtigkeit, genau zu untersuchen, welche Wirkungen der Prozeßeinleitung nach Justinianischem Recht an die Litis-Contestation und welche an frühere Zeitpunkte gebunden waren. Bei dieser Untersuchung und der Entwicklung des heutigen Rechts[23a] übergehe ich aber die blos prozeßualischen Wirkungen und beschränke mich auf die Wirkungen, welche das materielle Recht selbst betreffen.

A.[24] Folgen der durch das competente Gericht erfolgten Mittheilung der Klage an den Beklagten mit der Auflage, sich über die Klage vor Gericht (mündlich oder schriftlich) innerhalb eines bestimmten Termines zu erklären, also der Insinuation des den Prozeß einleitenden Decrets an den Beklagten (Citation, Ladung). Diese Folgen sind:

1. Unterbrechung der s. g. Klagenverjährung[24a].

---

23 á) Ich gehe dabei zunächst durchaus vom gemeinen Recht aus und knüpfe blos bei den einzelnen Fällen die etwanigen Abweichungen des Württ. Rechts an.

24) Läßt der Kläger im Laufe des Prozesses die Klage ausdrücklich fallen (S. 52): so müssen die bis dahin eingetretenen Prozeßwirkungen als nicht eingetreten betrachtet werden (s. auch Giphanius Lecturae Altorphin. ad *l.* 33 de O. et A. p. 606). Das Gleiche ist der Fall, wenn der ganze Prozeß cassirt wird. Wird er blos theilweise cassirt: so bleiben natürlich jene Wirkungen bestehen, falls auf den Prozeßabschnitt, dessen Folgen sie sind, die Cassation sich nicht erstreckt.

24 a) Wie unsicher und schwankend über diese Frage noch die Praxis ist, ergibt sich u. A. aus der Schrift von Ca. Ed. Pfotenhauer Ueb. d. Unterbrechung der Klagenverjhrg. mit Rcks. auf d. neueste gemeinrechtl. u. Sächs. Prax. Lpzg. 1843 (54 SS.) 8. In einem Rechtsfalle in Sachsen entschied neuerlich, wie hier Pfotenhauer näher anführt, die erste Instanz, daß die Unterbrechung schon durch Einreichung der Klage eintrete, die zweite Instanz, daß sie erst durch die dem Beklagten gehörig geschehene Insinuation der Klage und Ladung bewirkt werde, die dritte Instanz aber, daß wenigstens der Tag entscheide, an

Das Römische Recht setzte bis in die späteren Kaiserzeiten über die Unterbrechung der Verjährung durch Einleitung des Prozesses nichts Besonderes zu Gunsten des Klägers fest; es beließ hier Alles bei den streng rechtlichen Folgen, welche sich aus der Bedeutung der Litis Contestation ergeben. Hiernach mußte im älteren Röm. Recht bei den ausnahmsweise einer erlöschenden Verjährung unterworfenen Forderungenrechten (bei den **actiones temporales**) der Lauf der Verjährung nothwendig durch die Lit. Cont. gehemmt und eine Fortsetzung der Verjährung der alten Obligation unmöglich gemacht werden in Folge der prozeßualischen Consumtion des Anspruchs (S. 34). Allein diese prozeßualische Consumtion conservirte auch von der anderen Seite das Recht des Klägers, indem nun für das durch die Lit. Cont. fixirte Verhältniß, wie es in diesem Prozesse durchführbar war, die alte Verjährung nicht weiter fortlief[25]. Nur konnte nun eine andere sehr kurze Verjährung zu laufen beginnen, die Prozeßverjährung (S. 33), welche aber nicht durchaus die durchgreifenden Wirkungen der Rechtsverjährung (der s. g. Klagenverjährung) hatte. Als im späteren Röm. Recht diese Prozeßverjährung wegfiel, war die natürliche Folge, daß nun allgemein mit der Lit. Cont. das durch dieselbe festgestellte Verhältniß ganz unverjährbar blieb, die Obligation des Beklagten einer weiteren Verjährung gar nicht mehr unterworfen war. Mit Recht machte sich aber hier in den späteren Kaiserzeiten das rechtspolizeiliche

---

welchem das erste die Klage annehmende und mittheilende gerichtl. Decret erlassen wird (gleichviel, wann die Insinuation dem Beklagten zukam). Mit einer genauen und speziellen Widerlegung dieses letzteren unrichtigen Erkenntnisses und einer Vertheidigung des Urtheils zweiter Instanz beschäftigt sich die angef. tüchtige Schrift von Pfotenhauer. — In einem anderen Rechtsfalle erkannte, wie Pfotenhauer S. 3 anführt, die Juristenfacultät zu Leipzig, daß zum Zwecke der Unterbrechung der Verj. „nach der richtigeren Meinung nicht blos der Klaglibell bei Gericht einzureichen, sondern auch die Behändigung der darauf ergehenden Ladung zu bewerkstelligen sey"; das App. Gericht zu Leipzig aber hielt schon die Ueberreichung der Klage bei Gericht für hinreichend.

25) Deßhalb sagen die Röm. Juristen: post litem contestatam perpetuatur obligatio (D. XII, 2 de jurejur. *l.* 9 § 3 XXVII, 7 de fidej. et nom. *l.* 8 § 1) oder: omnes actiones semel inclusae judicio salvae permanent. L, 17, de R. J. *l.* 139.

oder politische Element, die Rücksicht auf den durch Einleitung des Prozesses sein Verhältniß gehörig wahrenden Kläger geltend, indem Theodosius II., diesem folgend, eine wesentliche Aenderung traf. Mit der Aufhebung des Grundsatzes, daß die Klagen in der Regel unverjährbar seyn sollen, und der allgemeinen Einführung einer dreißigjährigen erlöschenden Verjährung für alle Verhältnisse, welche nicht schon im früheren Recht einer kürzeren Verjährungszeit unterworfen waren, bestimmte er zugleich, daß, wenn die Verjährung durch die Prozeßeinleitung unterbrochen werde aber dann der Prozeß liegen bleibe, von da an allgemein eine neue dreißigjährige Verjährung für das zum Prozeß gebrachte Rechtsverhältniß laufen soll (S. 36 Not. 40); er hob also die alte Perpetuation der Klagen durch Lit. Cont. ganz auf, und setzte an ihre Stelle eine dreißigjährige Verjährung. Was aber den Zeitpunkt der Unterbrechung der Verjährung betrifft: so war es freilich ungeeignet und nicht gehörig auf die Verhältnisse der Verjährung berechnet, die Unterbrechung erst mit der Litis Contestation eintreten zu lassen; auch war zu Theodosius II. Zeiten eine prozeßualische Consumtion nicht mehr ein Moment, in dieser Beziehung an das alte Recht sich zu binden. Allein Theodosius that es doch; er nimmt an, daß die Unterbrechung der Verjährung erst mit der Litis Contestation eintrete. Zwar ist hierüber Streit[26]. Allein wenn Theodosius (Theodos. Cod. IV, 14 cst. un.) der Bestimmung, die Klagen sollen in der Regel in dreißig Jahren verjähren, beifügt: „in eandem rationem illis procul dubio recasuris, quae post litem contestatam in judicium actione deducta habitoque inter partes de negotio principali conflictu triginta denuo annorum devoluto curriculo

---

26) Auch Savigny V S. 317 scheint anderer Ansicht zu seyn. Namentlich sagt er, daß schon in der mittleren Zeit des Röm. Rechts das Prozeßinstitut der Litis Denuntiatio als Unterbrechung der Verjährung angenommen worden sey, und dann hätte natürlich ohne Zweifel die später an ihre Stelle getretene Conventio auch in dieser Beziehung ihre Stelle vertreten. Er führt aber für seine Behauptung blos Hollweg Prozeß I S. 249 an, bei dem ich etwas der Art nicht behauptet finde; auch ist mir keine Quellenstelle bekannt, welche jene Wirkung der Denunciation beilegte.

tradita oblivioni ex diuturno silentio comprobantur“: so ist es augenscheinlich, daß er dabei davon ausgegangen seyn mußte, die Unterbrechung der Verjährung trete erst durch die Lit. Cont. ein. Was aber seine unmittelbar vorhergehenden Worte betrifft, welche allein auf den ersten Anblick zu einer entgegengesetzten Ansicht Veranlassung geben könnten (und welche auch Justinian in der in seinen Codex aufgenommenen excerpirten Constitution beibehielt — C. VII, 39 de praescr. 30 ann. est. 3 § 1): so sagt er hier allerdings: zur Unterbrechung der Verjährung reiche es nicht hin, „precibus oblatis speciale quoddam, licet per annotationem, meruisse responsum vel etiam judiciis allegasse, nisi allegato sacro rescripto aut in judicio postulatione deposita fuerit subsecuta conventio“. Allein diese Stelle bezieht sich blos auf den Besonderen kaiserlichen Rescriptsprozeß (H. II S. 11 Not. 28), bei welchem die Wirkungen der Lit. Cont. von einem früheren Zeitpunkte datirt wurden[27], und so steht sie in voller Harmonie mit Dem, was auf sie folgt. Erst später wird theils von Kaiser Justinus theils von Justinian bestimmt und entschieden ausgesprochen, daß die Unterbrechung der s. g. Klagenverjährung eintreten solle, sobald dem Beklagten durch das Gericht die vom Kläger eingereichte Klagschrift mitgetheilt worden sey[28], und

27) Vrgl. über Denselben Hollweg Prozeß S. 400 f. und Pfotenhauer a. a. O. S. 47 f. Die Stelle sagt in Beziehung auf diesen Rescriptsprozeß (vrgl. C. I, 20 quando libell cst. 1) blos: nach dem bisherigen Rechte wurde bei actiones temporales im Rescriptsprozesse die Verjährung unterbrochen per oblationem precum (et ad eas rescriptionem? vrgl. auch noch Justinians cst. 2 C quando libell.); dieß soll aber bei der neu eingeführten dreißigjährigen Verjährung nicht mehr der Fall seyn; diese wird erst durch einen späteren Zeitpunkt unterbrochen, nämlich im Rescriptsprozesse durch subsecuta conventio (Mittheilung der Klage mit dem Rescript), im ordentlichen Prozesse (wie es hier auch bei den actt. temporales der Fall war) durch Lit. Cont.

28) Etwas unbestimmt und schwankend sind in dieser Hinsicht, weil man sie auch noch auf den Zeitpunkt der Lit. Cont. beziehen könnte, die cst. 9 VII, 39 de praescript. 40 ann. und cst. 1 § 1 VII, 30 de ann. exc. (Linde Gießner Zeitschr. II S. 172 f.). Dagegen lassen keinen Zweifel übrig die cst. 7 pr. § 1, 5 de praescr. 30 ann. und besonders die cst. 3 § 1 de ann. exc. S. auch Savigny V S. 317, 318. Ueber die cst. 3 de praescr. 30 ann. s. oben vor Not. 27.

Justinian verbindet damit die weitere Bestimmung, daß, wenn dann der Prozeß liegen bleibe, das Recht des Klägers erst in vierzig Jahren verjähren solle (s. g. Verjährung der Litispendenz oder Perpetuation der Klagen; cst. 9 de praescr. 30 ann.). Hiernach tritt die Unterbrechung der Klagenverjährung auch bei uns ein, sobald dem Beklagten das richterliche Decret, durch welches ihm die Klage mitgetheilt und deren Beantwortung auferlegt werden soll, insinuirt ist, und es ist die Meinung Derjenigen entschieden unrichtig, welche im Justinianischen Recht und bei uns die Unterbrechung der Klagenverjährung erst mit der Litis Contestation eintreten lassen wollen [29].

Dagegen gehen einige Andere zu weit, indem sie glauben, diese Unterbrechung trete schon mit dem Anbringen der Klage bei dem Richter ein. Legislativ wäre Dieses allerdings das Richtigere, wenn man sich einmal auf den Standpunkt stellt, auf den sich hier das spätere Röm. Recht gestellt hatte; denn mit diesem Anbringen hat der Kläger von seiner Seite Alles gethan, was zu Wahrung seines Rechts von ihm erfordert wird, und es ist eigentlich nicht zu rechtfertigen, nun von der richterlichen Thätigkeit, von dem Erlassen des Decrets an den Beklagten, den Eintritt der Folgen dieser Wahrung abhängig zu machen [29a]. Allein das positive Recht ging nun eben einmal nicht so weit. Anderer Meinung ist aber hierin namentlich Sintenis Erörtt. I, S. 150 und Civilr. I § 31 Not. 52 und zwar schon nach Röm. Recht; er glaubt, nach Justinianischem Recht sey schon durch das bloße

---

29) Dieser Ansicht ist selbst noch Unterholzner Verjährungslehre I S. 440. Allein die cst. 3 de ann. exc. übergeht er ganz. S. auch die folgende Note. Eben so wenig läßt sich die Mittelmeinung rechtfertigen, nach welcher die dreißigjährige Verjährung durch die Mittheilung der Klage, kürzere Verjährungen aber erst durch Lit. Cont. unterbrochen werden sollen, eine Ansicht welche auch noch v. Vangerow Pandect. I S. 182 hat. S. gegen dieselbe Savigny V § 242 Not. v und Linde Gießner Zeitschr. II S. 167 f.

29 a) Schon deßhalb ist der legislative Vorschlag von Bolley Civilproz. O. I § 781, alle Wirkungen der Prozeßeinleitung auf das mat. Recht ganz gleichmäßig mit dem Ablauf der ersten mit Androhung eines Rechtsnachtheils verbundenen Frist eintreten zu lassen, nicht zu billigen. Unmöglich kann man diese so verschiedenartigen Wirkungen von demselben Momente abhängig machen.

Anbringen der Klage die Verjährung unterbrochen worden[29b]. Allein dieß läßt sich gewiß in keiner Weise begründen. Einige Constitutionen Justinians sind allerdings so gefaßt, daß ihr Sinn etwas zweifelhaft ist, aber gar nicht in der Beziehung zweifelhaft, ob nicht schon mit dem Anbringen der Klage die Verjährung unterbrochen werde, sondern vielmehr in der, ob sie nicht noch mehr, als die Insinuation der Klage, ob sie nicht die vollendete Lit. Cont. zur Unterbrechung verlangen; denn das Wenigste, was sie verlangen, ist subsecuta per executorem conventio (dieß sogar beim Rescriptsprozeß; cst. 3 § 1 de praescr. 30 ann.) oder daß der Kläger dem Beklagten libellum conventionis transmiserit (cst. 3 § 1 de annal. except.), und wenn in der cst. 7 de praescr. 30 ann. (von Justinus) gesagt ist, daß die Unterbrechung bewirkt werde per solam conventionem und in dieser Stelle noch mehrmals die conventio als das Unterbrechungsmoment bezeichnet wird: so würde es doch in der That gegen alle Auslegungsregeln verstoßen, wenn man hier dieses Wort nicht in dem Sinne gebrauchen würde, welchen es zu den Zeiten Justins gewöhnlich hatte und der in demselben Titel noch zum Ueberflusse ganz unverkennbar dem Worte beigelegt wird (cst. 3 eod.), nämlich in dem Sinne der Mittheilung der Klage an den Beklagten. Wenn aber Sintenis sich noch darauf beruft, daß Justinian bei seiner in Not. 28 angef. Bestimmung über Unterbrechung der Verjährung von desides spreche,

---

29b) Auch Puchta scheint ähnlicher Ansicht zu seyn. Er sagt (Pandect. 2. Ausg. § 90 Instit. II § 208), die Verjährung werde unterbrochen durch wirksame Anstellung der Klage d. h. eine solche, auf welche die Vorladung des Beklagten wirklich folge. — Ueber den Sinn dieser Ansicht kann man zweifelhaft seyn. Soll er dahin gehen, daß wenn später zu irgend einer Zeit die Vorladung erfolge, sich die Unterbrechung der Verj. vom Anbringen der Klage an rückwärts datire: so sagen dieß die Quellen entschieden nicht (Puchta citirt cst. 3, 7 pr. § 5 de praescr. XXX ann.); ist aber gemeint, die Vorladung müsse noch innerhalb des Rests der Verjährungszeit erfolgen, wenn die Anstellung der Klage als eine wirksame gelten solle: so ist es dann nicht die Anstellung der Klage, durch welche die Verj. unterbrochen würde, sondern erst die Vorladung. Vgl. auch Not. 31.

29c) Ueber diesen executor vrgl. auch Pfotenhauer a. a. O. S. 27 f. und gegen Sintenis Deus. S. 46 Not. 1.

welche der Nachtheil treffen soll, ein Kläger aber, der seine Klage anbrachte, nicht nachlässig sey: so ist Dieses ein unzulässiges Benützen allgemeiner Gründe des Gesetzes, um das entschieden und klar sprechende Gesetz zu *corrigiren* (mein Handb. II S. 142). Auch wird die Ansicht von Sintenis noch ganz besonders widerlegt durch die cst. 2 de annal. except. Gegen einen abwesenden oder nicht bevormundeten geisteskranken oder noch im Kindesalter stehenden Gegner nämlich kann man zwar bei Gericht eine Klage *anbringen*, nicht aber sie ihm *mittheilen*. Deßhalb bestimmt für solche Fälle Justinian in cst. 2 cit., es solle hier zur Unterbrechung der Verjährung *ausnahmsweise* genügen, wenn die Klage *beim Präses unter Anführung jenes hindernden Umstandes angebracht* werde. Hierin liegt doch wohl ein unumstößlicher Beweis, daß er die bloße Einreichung der Klage zur Unterbrechung in der Regel nicht für hinreichend hielt, sondern davon ausging, die *Mittheilung* der Klage an den Beklagten sey zu diesem Zwecke nothwendig; nur *wo diese Mittheilung nicht möglich ist*, will er doch ein Mittel an die Hand geben, die Unterbrechung herbeizuführen. Freilich beruft sich *Sintenis* auch auf die Verschiedenheit unsres Prozesses; es sey in diesem möglich, daß die Ausfertigung der Citation sich lange hinausziehe und die Parthieen dadurch ganz in die Willkühr des Richters gegeben würden. Allein hierin liegt durchaus keine Verschiedenheit unsres und des Justinianischen Prozesses; denn auch in diesem konnte ein willkührlicher Richter die Citation lange hinausziehen (vrgl. auch die S. 87 angeff. Stellen), und aus bloßen legislativen Gründen können wir das nun einmal bestimmt lautende Gesetz nicht ändern [30]. — Nur in dem einen Falle wird

30) Aus gleichen legislativen Gründen kommt *Unterholzner* a. a. O. auf ein ähnliches Resultat. Er meint, nach dem Gesetze werde die Verjährung erst durch *Lit. Cont.* unterbrochen; aber da bei unserm gerichtlichen Verfahren der Kläger nicht mit Sicherheit berechnen könne, wie lange es bis zur Lit. Cont. anstehen werde: so müsse man der Einlassung auf die Klage eine rückwirkende Kraft beilegen, so daß, sobald es zur Einlassung komme, die Verjährung in dem Augenblicke, in welchem die Klage *angebracht* worden sey, für unterbrochen gelte. Von einer solchen Rückwirkung wissen aber unsre Quellen in der That

durch die bloße Anstellung der Klage die Verjährung unterbrochen, wenn sie gegen einen Abwesenden oder einen nicht bevormundeten im Kindesalter befindlichen oder geisteskranken Gegner unter ausdrücklicher Anführung dieses Umstandes erhoben wird (cst. 2 de ann. exc.), und außerdem tritt nach Württ. Recht eine Unterbrechung der Verjährung in zwei Fällen schon durch Anbringen der Klage ein, nämlich bei der zweijährigen Verjährung des Rechts, auf Privatstrafe wegen Injurien zu klagen (ist der Thäter unbekannt: so wird sie schon durch die Anzeige der That bei dem Richter unterbrochen; (Ges. üb. d. privatr. Folg. d. Verbr. Art. 17), und bei der Verjährung eines Wechsels (Ges. v. 28. Aug. 1806).

2. Mit der Unterbrechung der Verjährung, also mit der Insinuation der Klage an den Beklagten, tritt nach gemeinem Recht sofort die s. g. Perpetuation der Klage ein d. h. wenn nun der Prozeß zu irgend einem Zeitpunkte liegen bleibt: so verjährt die Klage von da an erst in vierzig Jahren [30a]. Gleichgültig ist es, in welchem Stadium der Prozeß vor der Fällung des Urtheils (S. 50 Not. 47) liegen blieb; von der letzten gerichtlichen Handlung an (S. 36 Not. 40 und Linde am dort angef. O.), nach welcher der Prozeß ruhte, sey es vor oder nach der Lit. Cont., beginnt nun der Lauf der vierzigjährigen Verjährung [30b].

---

gar nichts und es gilt von dieser Ansicht noch mehr, was eben im Texte gesagt ist. Zögert der Richter mit der Ausfertigung seines Decrets ungebührlich: so wird er eben dem Kläger ersatzpflichtig, wie in anderen Fällen, in welchen er durch seine Schuld dem Kläger einen Schaden zuzieht, (auch ist hier nach Umständen Restitution möglich D. ex. quib. caus. maj. l. 26 pr. § 4). Reichte aber der Kläger eine ungeschickt abgefaßte Klage ein, die der Richter ihm zur Aenderung zurückstellt ohne sie dem Beklagten mitzutheilen, und lauft nun die Verjährung inzwischen ab: so ist dieß Schuld des Klägers, deren Folgen er, soweit er sich nicht an seinem Advocaten regressiren kann, zu tragen hat.

30a) Oben S. 90—93. Offenbar unrichtig ist die Ansicht von Cujacius Obss. XVIII 29, welche auch Spätere annahmen z. B. Glück Pand. VI S. 193 Hofacker Princ. § 4333 Unterholzner Verjährungslehre I S. 447, daß bei den Klagen, welche einer kürzeren als dreißigjährigen Verjährungszeit unterworfen sind, die neue Verjährung schon in 30 Jahren ablaufe. S. dagegen Linde in der Gießner Zeitschr. II S. 168 f. Savigny V S. 323.

30b) Perpetuation der Klagen sollte man dieß nicht nennen; denn die

Wenn also z. B. gleich nach der Insinuation der Klage der Prozeß liegen bleibt und es gar nicht zur Lit. Cont. kommt: so verjährt eben nach gemeinem Rechte die Klage in vierzig Jahren. Damit stimmen in der neueren Zeit die Meisten überein; nur ist freilich Asverus anderer Ansicht, indem er nach seiner Theorie über die blos hypothetische Wirkung der Denunciation und Convention annimmt, daß, wenn es nicht zur Lit. Cont. komme, nun die durch die Mittheilung der Klagschrift eingetretene Unterbrechung der Verjährung wieder ungültig werde. Allein eine solche hypothetische Wirkung der Convention ist, von Anderem abgesehen, mit der unbedingten Vorschrift der cst. 3. § 1 de ann. exc. unvereinbar.

Wichtiger ist für die Württembergischen Juristen eine andere Ansicht, die in früherer Zeit viele Anhänger hatte (namentlich unter Anderen auch Donellus Comment. de jur. civ. Lib. XVI cp. 8 § 23) und auch noch von Schriftstellern aus unsrem Jahrhundert vertheidigt wird, z. B. von Malblanc Princ. jur. Rom. § 369 nr. II Glück Pandect. IV S. 205 und in neuester Zeit von Puchta (Pandect. 2. Ausg. § 96). Diese geht dahin: durch die Insinuation der Ladung werde zwar die Verjährung einer Klage unterbrochen; allein perpetuirt (d. h. einer verlängerten Verjährung, der 40jährigen unterworfen) werde die Klage erst, wenn es zur Lit. Cont. komme. Nach dieser Ansicht würde also, wenn der Prozeß nach Insinuation der Klage liegen bleibt, die unterbrochene Verjährung wieder von Neuem zu laufen anfangen und in der Zeit nun ablaufen, in welcher die Klage an sich verjährt, also z. B. bei einer Klage, die in einem Jahre verjährt, mit Ablauf eines Jahres von der Zeit an, in welcher der Prozeß liegen geblieben ist, vollendet seyn [31]; würde es aber noch vor Ablauf dieser Zeit zur

---

Klagen werden ja nicht perpetuirt, sondern einer neuen Verjährung (nur mit längerer Verjährungszeit) unterworfen. Die vortheilhafte wahre Perpetuation der Klagen durch Lit. Cont. war etwas ganz Anderes (oben S. 90, 91). Nur einmal aber unpassend gebraucht hier Justinian den Ausdruck perpetuari (C. I. 20 quand. lib. princ. c. I).

31) In dieser Beziehung faßte Linde in der Gießn. Zeitschr. II S. 178 diese Ansicht nicht richtig auf.

Lit. Cont. kommen: so würde nun die Klage perpetuirt, d. h. wenn nun der Prozeß liegen bliebe, sie erst von da an in vierzig Jahren verjähren. Daß diese Ansicht unrichtig ist, und sich nur auf eine irrige Auslegung der cst. 9 de praescr. 30 ann. stützt, welche man blos auf die Lit. Cont. bezog [32], ohne die cst. 3 de ann. exc. dazu zu halten, leidet wohl keinen Zweifel. [32 a]. Allein in dem Württ. Landrecht ist gerade diese Ansicht angenommen. Das Ulte Landrecht I, 25 § 6 sagt nämlich: „und „hat die Kriegsbefestigung oder Litis Contestation mancherlei „Wirkungen; als sonderlich — — daß durch die Kriegsbe„festigung die Klagen perpetuirt werden" (das Letztere stand in den früheren Landrechten nicht). Zwar könnte man auf den ersten Anblick glauben, daß der Verfasser dieser Stelle von der Ansicht ausgehe, auch die Unterbrechung der Klagenverjährung trete erst mit der Lit. Cont. ein, eine Ansicht, die freilich legislativ vollends gar zu mißbilligen wäre. Allein richtiger ist es gewiß, sich in diesem Falle an die Worte des Gesetzes zu halten, um so mehr, als die mit diesen Worten übereinstimmende Ansicht über das gemeine Recht in den Zeiten, aus welchen diese Stelle herrührt, manche Vertheidiger hatte. Das Gesetz macht nicht die Unterbrechung der Verjährung, sondern blos die Perpetuation der Klagen von der Lit. Cont. abhängig [33], und so müssen wir daher nach Württ. Rechte an-

---

32) Auf einen anderen Grund stützt sich Puchta a. a. O., nämlich auf D. XII, 2 de jurejur. l. 9 § 3 XXVII, 7 de fidej. et nom. l. 8 § 1, weil deren Aufnahme in Justinians Rechtssammlungen sich nur durch jene Unterscheidung erklären lasse. Allein auf diejenige Klagenperpetuation, von welcher jene Stellen sprechen, kann man sich nicht berufen, da sie ja schon durch Theodosius ganz abgeschafft wurde (S. 91), also im späteren Röm. Rechte gar nicht mehr bestand. Daß aber jene Stellen doch in die Pandecten aufgenommen wurden, erklärt sich aus den noch praktischen Grundsätzen, die sie außerdem enthalten.

32 a) S. auch Linde a. a. O. S. 171 f. Savigny V S. 323.

33) Dieß übersah Schütz Württ. Civilproz. S. 268, wenn er sagt: „nach einem Präjudiz des O. Tribunals v. 30. Mai 1828 wird durch das erste Decret auch die Klagenverjährung unterbrochen, obgleich diese Wirkung in dem Landr. I, 25 § 6 der Einlassung in den Rechtsstreit beigelegt ist". Das Landr. legt diese Wirkung keineswegs der Einlassung bei, und das Obertribunal hatte daher ganz richtig entschieden. Davon daß die Verjährung durch Insinuation

nehmen, daß zwar durch die Mittheilung der Klage die Verjährung unterbrochen wird, so daß die der Klage an sich ursprünglich zukommende Verjährung von Neuem wieder zu laufen beginnt, wenn von da an der Prozeß liegen bleibt, daß aber, wenn es vor ihrem Ablaufe noch zur Kriegsbefestigung kommt, die Klage, falls der Prozeß von Neuem liegen bleibt, nur einer vierzigjährigen Verjährung unterworfen ist [34]. Nur das Recht, auf Privatstrafe wegen Injurien zu klagen, macht insofern eine Ausnahme, als hier die Verlängerung der Verjährungszeit von einer Kriegsbefestigung nicht abhängig ist, dieselbe aber nicht auf vierzig sondern blos auf fünf Jahre sich erstreckt [34a].

3. Ob eine Unterbrechung der Ersitzung des Eigenthums (der Justinianischen usucapio und longissimi temporis praescriptio) überhaupt durch die Einleitung des (von wahren Berechtigten erhobenen) Prozesses eintrete und, wenn Dieses zu bejahen ist, mit welchem Prozeßabschnitte sie eintrete, ist sehr bestritten.

Was das ältere Röm. Recht betrifft: so ist es anerkannt, daß die alte usucapio durch die Anstellung der Eigenthumsklage gegen den Besitzer der Sache und die darauf eingetretene Lit. Cont. nicht unterbrochen wurde, der Besitzer also während des Prozesses noch die Usucapion vollenden und das Eigenthum der Sache erwerben konnte, er aber doch verpflichtet war, die Sache, wenn er sie erst nach der Lit. Cont. usucapirte, dem Kläger herauszugeben, wenn dieser beweisen konnte, daß er zur Zeit der Lit.

---

der Klage unterbrochen werde, ging auch unsre Gesetzgebung im Jahr 1828 aus; s. mein Handbuch Bd. II. § 59 a. E.

34) Die neueren Württ. Schriftsteller beachten diese Landrechtsstelle nicht immer gehörig. So sagt z. B. Reyscher Württ. Privatrecht § 160 bei Not. 8, die Klagenverjährung werde mit der Mittheilung der Klage unterbrochen und, wenn der Prozeß sofort liegen bleibe, werde von der letzten gerichtlichen Handlung an eine neue Frist von 40 Jahren erfordert; er führt dabei aber lediglich zwei Stellen aus Justinians Codex an, ohne unsres Landrechts zu erwähnen (in der 2ten Ausg. § 148 fügt er noch eine Verweisung auf Schütz bei). — Die vorliegende Frage ist nach Württ. Recht auch noch für andere Verhältnisse wichtig; s. mein Handbuch a. a. O.

34a) Gesetz über die privatrechtl. Folgen d. Verb. Art. 17 vrgl. mit Strafgesetzbuch Art. 131.

Lit. Cont. kommen: so würde nun die Klage perpetuirt, d. h. wenn nun der Prozeß liegen bliebe, sie erst von da an in vierzig Jahren verjähren. Daß diese Ansicht unrichtig ist, und sich nur auf eine irrige Auslegung der cst. 9 de praescr. 30 ann. stützt, welche man blos auf die Lit. Cont. bezog [32], ohne die cst. 3 de ann. exc. dazu zu halten, leidet wohl keinen Zweifel. [32 a]. Allein in dem Württ. Landrecht ist gerade diese Ansicht angenommen. Das Ulte Landrecht I, 25 § 6 sagt nämlich: „und „hat die Kriegsbefestigung oder Litis Contestation mancherlei „Wirkungen; als sonderlich — — daß durch die Kriegsbe„festigung die Klagen perpetuirt werden" (das Letztere stand in den früheren Landrechten nicht). Zwar könnte man auf den ersten Anblick glauben, daß der Verfasser dieser Stelle von der Ansicht ausgehe, auch die Unterbrechung der Klagenverjährung trete erst mit der Lit. Cont. ein, eine Ansicht, die freilich legislativ vollends gar zu mißbilligen wäre. Allein richtiger ist es gewiß, sich in diesem Falle an die Worte des Gesetzes zu halten, um so mehr, als die mit diesen Worten übereinstimmende Ansicht über das gemeine Recht in den Zeiten, aus welchen diese Stelle herrührt, manche Vertheidiger hatte. Das Gesetz macht nicht die Unterbrechung der Verjährung, sondern blos die Perpetuation der Klagen von der Lit. Cont. abhängig. [33], und so müssen wir daher nach Württ. Rechte an-

32) Auf einen anderen Grund stützt sich Puchta a. a. O., nämlich auf D. XII, 2 de jurejur. l. 9 § 3 XXVII, 7 de fidej. et nom. l. 8 § 1, weil dem Aufnahme in Justinians Rechtssammlungen sich nur durch jene Unterscheidung erklären lasse. Allein auf diejenige Klagenperpetuation, von welcher jene Stellen sprechen, kann man sich nicht berufen, da sie ja schon durch Theodosius ganz abgeschafft wurde (S. 91), also im späteren Röm. Rechte gar nicht mehr bestand. Daß aber jene Stellen doch in die Pandecten aufgenommen wurden, erklärt sich aus den noch praktischen Grundsätzen, die sie außerdem enthalten.

32 a) S. auch Linde a. a. O. S. 171 f. Savigny V S. 323.

33) Dieß übersah Schütz Württ. Civilproz. S. 268, wenn er sagt: „nach einem Präjudiz des O. Tribunals v. 30. Mai 1828 wird durch das erste Decret auch die Klagenverjährung unterbrochen, obgleich diese Wirkung in dem Landr. I, 25 § 6 der Einlassung in den Rechtsstreit beigelegt ist". Das Landr. legt diese Wirkung keineswegs der Einlassung bei, und das Obertribunal hatte daher ganz richtig entschieden. Davon daß die Verjährung durch Insinuation

nehmen, daß zwar durch die Mittheilung der Klage die Verjährung unterbrochen wird, so daß die der Klage an sich ursprünglich zukommende Verjährung von Neuem wieder zu laufen beginnt, wenn von da an der Prozeß liegen bleibt, daß aber, wenn es vor ihrem Ablaufe noch zur Kriegsbefestigung kommt, die Klage, falls der Prozeß von Neuem liegen bleibt, nur einer vierzigjährigen Verjährung unterworfen ist [34]. Nur das Recht, auf Privatstrafe wegen Injurien zu klagen, macht insofern eine Ausnahme, als hier die Verlängerung der Verjährungszeit von einer Kriegsbefestigung nicht abhängig ist, dieselbe aber nicht auf vierzig sondern blos auf fünf Jahre sich erstreckt [34a].

3. Ob eine Unterbrechung der Ersitzung des Eigenthums (der Justinianischen usucapio und longissimi temporis praescriptio) überhaupt durch die Einleitung des (von wahren Berechtigten erhobenen) Prozesses eintrete und, wenn Dieses zu bejahen ist, mit welchem Prozeßabschnitte sie eintrete, ist sehr bestritten.

Was das ältere Röm. Recht betrifft: so ist es anerkannt, daß die alte usucapio durch die Anstellung der Eigenthumsklage gegen den Besitzer der Sache und die darauf eingetretene Lit. Cont. nicht unterbrochen wurde, der Besitzer also während des Prozesses noch die Usucapion vollenden und das Eigenthum der Sache erwerben konnte, er aber doch verpflichtet war, die Sache, wenn er sie erst nach der Lit. Cont. usucapirte, dem Kläger herauszugeben, wenn dieser beweisen konnte, daß er zur Zeit der Lit.

---

der Klage unterbrochen werde, ging auch unsre Gesetzgebung im Jahr 1828 aus; s. mein Handbuch Bd. II § 59 a. E.

34) Die neueren Württ. Schriftsteller beachten diese Landrechtsstelle nicht immer gehörig. So sagt z. B. Reyscher Württ. Privatrecht § 160 bei Not. 8, die Klagenverjährung werde mit der Mittheilung der Klage unterbrochen und, wenn der Prozeß sofort liegen bleibe, werde von der letzten gerichtlichen Handlung an eine neue Frist von 40 Jahren erfordert; er führt dabei aber lediglich zwei Stellen aus Justinians Codex an, ohne unsres Landrechts zu erwähnen (in der 2ten Ausg. § 148 fügt er noch eine Verweisung auf Schütz bei). — Die vorliegende Frage ist nach Württ. Recht auch noch für andere Verhältnisse wichtig; s. mein Handbuch a. a. O.

34a) Gesetz über die privatrechtl. Folgen d. Verb. Art. 17 vrgl. mit Strafgesetzbuch Art. 131.

Wie ist es nun aber unter Justinian, namentlich nachdem er in C. VII, 31 de usucap. transform. est. un. (s. auch J. II, 6 de usucap. pr.) die usucapio und die *l.* t. praescriptio in ein Institut, in eine 3, 10 und 20jährige Ersitzung [37] umgewandelt und dadurch eigentlich größtentheils nur die Consequenzen ausgesprochen hatte, welche sich aus Dem ergaben, was die Zeit vor ihm und er selbst theils an jenen Instituten unmittelbar theils an verwandten Instituten geändert hatte? Diejenigen, welche annehmen, bei der *l.* t. praescriptio habe gegolten was bei der usucapio galt, nehmen in Beziehung auf die vorliegende Frage natürlich nun auch das Gleiche bei der Justinianischen Usucapion (Not. 37) an, wie z. B. v. Buchholz; Diejenigen, welche einen Unterschied zwischen usucapio und *l.* t. praescriptio in Beziehung auf die vorliegende Frage annehmen, sind über Das, was hierin bei der Justinianischen Usucapion gelten müsse, verschiedener Ansicht, je nachdem sie die cst. un. cit. auslegen d. h. je nachdem sie davon ausgehen, daß bei dem combinirten Institute die alten Usucapionsgrundsätze die Grundlage bilden (wie z. B. v. Vangerow Pandect. § 316, 323) oder daß, was freilich eine durchaus unbegründbare Meinung ist, auch noch nach der cst. un. eine usucapio von einer von ihr verschiedenen longi temporis praescriptio zu unterscheiden sey.

Die Natur einer Ersitzung des Eigenthums ist an sich durchaus nicht entgegen, die Ersitzung dadurch unterbrochen zu lassen, daß der Eigenthümer durch Einleitung des Prozesses sein

---

v. Buchholz Versuche S. 132—139, daß bei der praescr. *l.* t. Dasselbe gegolten habe, was bei der usucapio; Andere dagegen z. B. v. Vangerow Mühlenbruch und wie es scheint auch Savigny V § 242 Not. *l.* sind wenigstens im Resultate der hier vertheidigten Ansicht. Bei der entgegengesetzten Meinung müßte sich doch wohl, wenn sie richtig seyn sollte, eine bestimmte Rechtsänderung nachweisen lassen, indem, solange die praescriptio *l.* t. blos eine erlöschende Verjährung war, bei ihr nicht gegolten haben konnte, was bei der usucapio galt. Allein ein solcher Nachweis kann nicht gegeben werden.

37) Man kann sie im Gegensatze zur praescriptio longissimi temporis die Justinianische Usucapion nennen, und er selbst bezeichnet sie so, wenn er in J. *l.* c. sagt, er habe verordnet, daß res mobiles per triennium, immobiles per longi temporis praescriptionem, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis, usucapiantur.

girt blieb, die Sache herauszugeben; das arbitrium judicis ging daher in einem solchen Falle auf Herausgabe der Sache, und wenn der Beklagte nicht Folge leistete: so wurde er auf Zahlung der litis aestimatio verurtheilt. Hieraus erklären sich vollständig D. VI, 1 de rei vind. *l.* 18, 20, 21 XLI, 4 pro emtore *l.* 2 § 21 XLI, 5 pro herede *l.* 2 pr. und, da das Gleiche auch bei Verlust der Servituten durch Verjährung galt, die *l.* 8 § 4 VIII, 5 si serv. vind.

Anders war es bei der longi temporis praescriptio. So wenig der Beklagte bei der Usucapion nach der Lit. Cont. durch Fortsetzung seines Besitzes eine Einrede gegen die Verpflichtung auf Herausgabe der Sache erwerben konnte, so wenig konnte er die Einrede der longi temporis possessio (die praescriptio longi temporis) durch eine solche Fortsetzung des Besitzes gegen den Kläger erwerben. Ueberhaupt war die *l.* t. praescriptio Anfangs blos eine erlöschende Verjährung der Eigenthumsklage; die durch Lit. Cont. herbeigeführte prozessualische Consumtion mußte daher hier dieselbe Wirkung auf die Verjährung der Klage des Berechtigten haben, wie auf die anderen actiones temporales; diese Verjährung konnte nicht weiter fortlaufen, sie wurde durch die Lit. Cont. unmöglich gemacht oder — wenn man so will — unterbrochen [35]. Als aber später die *l.* t. praescriptio in eine erwerbende Verjährung überging (noch vor Justinian, wie er wenigstens in cst. 8 de praescript. 30 ann. bezeugt), ließ man es doch bei jener Folge, indem in dieser späteren Zeit mehr das rechtspolizeiliche Prinzip, wie auch bei der Klagenverjährung, der Grundsatz, den Berechtigten zu schützen welcher sein Recht zu rechter Zeit gehörig wahrte, sich geltend machte [36].

---

35) Während es von der usucapio in den Quellen heißt: non interpellari usucapionem litis contestatione (*l.* 2 § 21 pro emtore), wird gerade das Gegentheil von der longi temporis praescriptio gesagt. Vrgl. namentlich C. II, 19 ubi in rem act. cst. 2, (tanquam lite ad interrumpendam *l.* t. praescriptionem contestata), VII, 33 de praescr. *l.* t. cst. 1. cst. 2 (verb. nec interruptam inquietudine litis), cst. 10 eod. III, 32 de rei vind. cst. 26 VII, 35 quib. non obj. cst. 4.

36) Die Frage ist freilich sehr bestritten. So behauptet z. B. auch wieder

brochen werden, sowohl der erwerbenden Verjährung als der erlöschenden Klagenverjährung, und damit man hierüber nicht im Zweifel seyn möge, sagt Justinian ausdrücklich: et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit. Es kann deßhalb hiernach nur noch die Frage seyn, durch welchen Prozeßabschnitt gegen einen Anwesenden der Lauf der Ersitzung unterbrochen wird. Beachtet man nun, daß Justinian davon ausgeht und sagt, durch die conventio d. h. die Mittheilung der Klagschrift an den Beklagten trete eine wahre Unterbrechung der „temporum curricula“, eine „interruptio temporis“, eine Unterbrechung der „legitimae praescriptiones vel exceptiones, sive quae super decennio vel viginti vel triginta vel quadraginta annis introductae sunt“ ein (C. l. c. cst. 1 pr., cst. 2, cst. 3 pr.), und daß er alle diese Ausdrücke nicht blos von der erlöschenden Klagenverjährung, sondern auch von der Ersitzung gebraucht [39]: so kommen wir auf das Resultat, daß nach Justinianischem und heutigem Rechte auch bei der erwerbenden Verjährung jeder Art in Beziehung auf ihre Unterbrechung derselbe Grundsatz gilt, wie bei der erlöschenden Klagenverjährung, d. h. die Ersitzung wird unterbrochen dadurch, daß die vom wahren Eigenthümer gegen den Besitzer eingereichte Klage dem Letzteren durch das Gericht mitgetheilt wird [40].

---

39) So in der cst. 1 de ann. exc. (vom Jahre 530) von der longi temp. praescr., in der cst. 2 eod. (vom Jahre 531) von seiner combinirten Usucapion und in der cst. un. de usucap. transform., welche diese Usucapion festsetzte, gebraucht er für die Ersitzung die Ausdrücke: exceptiones 10 vel 20 vel 30 ann. und 10 vel 20 vel 30 annorum et aliarum exceptionum tempora.

40) Bleibt der Prozeß nach dieser Unterbrechung zu irgend einer Zeit vor Fällung des Urtheils liegen: so beginnt dann (sofern der Besitzer nicht inzwischen in bösen Glauben kam) eine 40jährige Ersitzung zu laufen, nach deren Ablauf der Besitzer Eigenthümer wird (und natürlich nicht, wie in dem S. 100 ausgeführten Falle, persönlich verpflichtet ist, die Sache doch herauszugeben). Nach Württ. Recht aber ist ein vierzigjähriger Besitz hier nur dann nöthig, wenn der Prozeß nach der Lit. Cont. liegen blieb. Wenn Puchta Pandect. 3. Ausg. §160 a. E. in Beziehung auf die Ansicht, nach welcher die Ersitzung durch

4. Bekanntlich darf eine Sache, wegen welcher mit dem Besitzer ein Rechtsstreit über das Eigenthum begonnen hat (res litigiosa), während des Prozesses nicht veräußert werden. Der Zeitpunkt, in welchem die Litigiosität der Sache in der genannten Beziehung beginnt, ist, wie Justinian ausdrücklich entscheidet, der der Insinuation der Klage, die Ladung (Nov. CXII, c. 1). Nach früherem Röm. Rechte war es die Litis Contestation (D. XLIV, 6 de litigios. l. 1 § 1).

5. Wer von einem Anderen die Herausgabe einer Sache anzusprechen befugt ist, kann, wenn er ihn deßhalb belangt, je-

---

Citation des Beklagten unterbrochen werden soll, von einer Vermischung von Klagenverjährung und Ersitzung spricht: so ist dagegen zu bemerken, daß in dieser Hinsicht die Vermischung von Justinian herrührt, wie gerade die im Texte angeführten Stellen klar beweisen dürften. — Mit dem im Texte ausgeführten Resultate ist hier auch Sintenis, zwar nicht nach Römischem aber doch nach Canonischem und heutigem Rechte, einverstanden, allein aus einem Grunde, der an sich unrichtig ist und auf weitergehende unrichtige Folgen führen würde. Er sagt nämlich (Civilr. I § 51 Not. 12; vrgl. auch Dessen Erläutt. I S. 162 f.), nach der Theorie des Canonischen und heutigen Rechts seyen wir einer Entscheidung des Streites über das Röm. Recht dadurch überhoben, daß die mala fides superveniens ein Grund zu Unterbrechung der Ersitzung sey und dieser namentlich wenigstens dann eintrete, wenn dem Besitzer die Klage gerichtlich mitgetheilt werde. Auch manche Aeltere argumentirten aus diesem Grunde und auf gleiche Weise nun auch wieder Heffter Civilproz. 2. Ausg. § 346. Diese Begründung der Sache wäre von Anderem abgesehen auch deßhalb von Wichtigkeit, weil aus ihr, wenn sie richtig wäre, folgen würde, daß der Beklagte wenn später der Prozeß liegen bleibt eine neue Ersitzung nicht mehr beginnen könne. Allein sie stützt sich auf die entschieden irrige Voraussetzung, als ob durch die Mittheilung einer begründeten Klage wirklich mala fides entstehe (s. unt. S. 106—168). Im Grunde gibt auch Sintenis gleich nachher zu, daß eine solche nicht dadurch begründet wird; dann ist aber nicht einzusehen wie durch eine fides, die in der That keine mala ist, die Ersitzung soll unterbrochen werden können. Allerdings kann dieser Unterbrechungsgrund durch die Mittheilung der Klage eintreten, aber nur, wenn dadurch der Besitzer wirklich die Ueberzeugung bekommt, daß ihm die Sache nicht gehöre; er kann aber auch ebensogut früher vor dem Prozesse oder später während des Prozesses oder auch gar nicht vor dem Urtheile eintreten, so daß es ganz unzulässig ist, wegen der bloßen Möglichkeit des Eintritts desselben die Unterbrechung der Verjährung allgemein an die Mittheilung der Klage zu knüpfen.

denfalls [41] vom Streitanfange an in der Regel auch Das verlangen, was noch zur Sache als causa hinzukommt, jeden Zuwachs zur Sache, namentlich auch die Früchte Derselben. Häufig wird Dieß in den Quellen so ausgedrückt: er könne Alles verlangen, was er gehabt haben würde, wenn ihm gleich beim Streitanfange die Sache herausgegeben worden wäre [42]. Dieß ist aber blos eine ungefähre allgemeine Bezeichnung, welche nicht durchaus wörtlich zu nehmen ist, indem jener Grundsatz mancherlei Modificationen erleidet, wie schon aus dem Folgenden sich ergeben wird. Auch ist wohl zu beachten, daß unter der Verpflichtung zur Herausgabe der causa rei nicht auch die Verbindlichkeit enthalten ist, vertretbare Sachen, die man herauszugeben schuldig ist, zu verzinsen (H. II S. 54).

Mit jenem Grundsatze hängt zusammen, daß bei Klagen, welche gegen einen Besitzer als Solchen gehen, namentlich bei der Eigenthums- und Erbschaftsklage, den redlichen Besitzer vom Streitanfange an gleiche Verpflichtungen treffen, wie den unredlichen vom Anfange seines unredlichen Besitzes an (vrgl. unt. bei Not. 93). Gewöhnlich drückt man Dieß so aus: der redliche Besitzer werde durch den Streitanfang in bösen Glauben versetzt, und auch die Quellen sagen im Allgemeinen, er sey von da an als unredlicher Besitzer zu behandeln. Allein auch Dieses darf man nicht buchstäblich nehmen, indem es sonst zu ganz falschen praktischen Resultaten führen würde. Der redliche Besitzer wird allerdings vom Streitanfange an einem unredlichen Besitzer gleichgesetzt, aber nur in Beziehung auf die Verpflichtungen, welche ein unredlicher Besitzer vor dem Prozeßanfange hat [43], nicht welche Derselbe nach dem Prozeß-

41) Denn der Zeitpunkt kann auch ein früherer seyn, z. B. der unredliche Besitzer muß alle Früchte herausgeben, die er vom Anfange seines unredlichen Besitzes an zog, oder durch gehörigen Fleiß hätte ziehen können; ebenso muß er von da an durchaus für Dolus und Culpa wegen der Sache haften (Not. 93). Vrgl. auch in Beziehung auf andere Rechtsverhältnisse z. B. XXII, 1 de usur. l. 38 § 1, 2 XII, 6 de cond. ind. l. 15 pr. und oben H. II S. 54 f.

42) D. V, 3 de H.P. l. 40. VI, 1 de R.V. l. 20. XXII, 1 de usur. l. 2. l. 3 § 1. l. 19. XII, 1 de reb. cred. l. 31 pr. XXI, 1 de aedil. edict. l. 25 § 8. XXX de legat. I, l. 91 § 7. X, 4 ad exhib. l 9 § 5—8.

43) Daraus erklärt sich auch die Art und Weise, wie die Röm. Quellen die

anfange hat (s. unt. Nr. 6). Dieß erklärt sich auf eine sehr natürliche Weise. Mit dem Streitanfange nämlich soll auch der redliche Besitzer denken, es wäre doch möglich, daß er nicht der wahre Berechtigte sey und daß die Entscheidung gegen ihn ausfallen könnte. Deßhalb soll er während des Prozesses den Streitgegenstand in jeder Beziehung in Acht nehmen, sich keine willkührliche Verfügung über ihn erlauben und sich darauf gefaßt machen, daß seine Nichtberechtigung und seine Verpflichtung zur Herausgabe der Sache ausgesprochen werde. Daraus folgt, daß er von der Einleitung des Prozesses an, falls sich wirklich später der Anspruch des Klägers begründet erfindet, a. für absichtliche und fahrlässige Verschlechterung und Vernichtung der Sache und ebenso für absichtliche Entäußerung oder fahrlässigen Verlust ihres Besitzes einstehen muß [44]; b. daß er von da an durch Verzehren von Früchten, die er aus der Sache zog, sich von deren Herausgabe nicht befreien kann, sondern den Werth der nach der Einleitung des Prozesses verzehrten Früchte dem siegenden Kläger erstatten muß [45], und daß er c. auch alle von da an erst gezogene Früchte herauszugeben [46] und sogar auch für die von da an vernachläßigten zu haften hat, sofern er als sorgsamer Mann sie hätte ziehen können [47].

Sache im Allgemeinen bezeichnen; sie beschränken aber dabei ihren allgemeinen Satz auf die im Texte angegebene Weise. Vrgl. z. B. D. V, 3 de H.P. *l.* 25 § 7 VI, 1 de R.V. *l.* 45 mit D. de H.P. *l.* 40 pr. Sie fingiren also gleichsam eine **mala fides**, aber nur in Beziehung auf die unten (a—c) ausgeführten speziellen Folgen.

44) D. de R.V. *l.* 45. 33. 36 § 1 *l.* 68 de H.P. *l.* 40 pr. *l.* 25 § 7 *l.* 31 § 3 ad exhib. *l.* 12 § 4. Wie weit bei solchen Obligationen, bei welchen nicht der Besitzer als Solcher zu haften hat, der Beklagte für Vernachläßigungen oder Verderben der Sache einstehen muß, dieß hängt theils von dem Grade der Fahrläßigkeit ab, den er bei der betreffenden Obligation an sich prästiren muß, theils davon, ob er im Verzuge ist. Vrgl. auch D. XVI, 3 depos. *l.* 1 § 20, 21. *l.* 14 § 1.

45) J. IV, 7 de offic. jud. § 2 C. III, 32 de R.V. cst. 22.

46) S. die Stellen der Not. 45, ferner D. XXII, 1 de usur. *l.* 2 XXI, 1 de aedil. edict. *l.* 25 § 8.

47) J. de offic. jud. § 2 a. E. C. VII, 51 de fruct. et lit. expens. cst. 2, und Erörtt. Heft I S. 70 f.

Aber in anderen Beziehungen wird durch die Einleitung des Prozesses der redliche Besitzer dem unredlichen keineswegs gleichgestellt, weil ja in Wahrheit durch jene Einleitung keineswegs nothwendig ein böser Glaube bei ihm begründet wird; denn der böse Glaube ist das Bewußtseyn des Widerstreits meines factischen Zustandes mit fremdem Rechte, welches in mir durch das Belangtwerden mit einer begründeten Klage wohl hervorgerufen werden kann, aber nicht nothwendig hervorgerufen wird. Was also blos Folge eines wirklich vorhandenen bösen Glaubens ist, kann nicht sofort und unbedingt mit der Einleitung des Prozesses eintreten, eben weil diese einen solchen Glauben im Beklagten nicht nothwendig erzeugt, sondern tritt nur mit dem wirklichen factischen Daseyn jenes Glaubens ein. Deßhalb haftet der redliche Besitzer auch nicht von der Einleitung des Prozesses an für den zufälligen Untergang oder Verlust der Sache [48], wogegen in der Regel der wirklich unredliche Besitzer dafür haftet [49], und aus dem gleichen Grunde kann man bei der Verjährung nicht, wie es Manche thun, mit der Einleitung des Prozesses unbedingt die Folgen einer mala fides superveniens eintreten lassen [50].

Was nun die nähere Bestimmung des Prozeßabschnittes betrifft, mit welchem die eben erörterten Folgen eintreten: so sind die Ansichten hierüber sehr verschieden. Die meisten Stellen des Röm. Rechts sprechen so, als ob die unter Nr. 5 ausgeführten Verpflichtungen erst mit der Lit. Cont. eintreten (vrgl. Not. 42, ferner cst. 22 in Not. 45 cit.), und deßhalb wollen Viele auch

---

48) Denn dieses Haften ist eine Folge des Streitanfanges nur dann, wenn der Besitzer wirklich in bösem Glauben war; vrgl. unten bei Not. 94 und D. de R.V. *l.* 16 pr. *l.* 27 § 1 *l.* 21. V, 3 de H.P. *l.* 40 pr. *l.* 23 und Not. 77 Mühlenbruch Pandectenr. § 269 Not. 20 Göschen Vorles. § 165 Nr. 2 und Glück Pandect. Comm. Bd. VIII S. 233 f. Etwas Anderes ist es natürlich, wenn der Besitzer durch das Bekanntwerden mit dem klägerischen Anspruche wirklich in bösen Glauben kommt *l.* 25 § 5 de H.P.; vrgl. auch D. X, 4 ad exhib. *l.* 7 § 5 *l.* 12 § 4 und Glück a. a. O. Bd. XI S. 227 f.

49) S. unten Not. 94.

50) Vrgl. Not. 40 und mein Handbuch Bd. II S. 129. Es kommt hier ganz auf das factische Verhältniß an, wie es wirklich besteht, ob der Beklagte das Bewußtseyn fremden Rechtes erhielt oder nicht.

bei uns von dem Zeitpunkte unsrer Einlassung oder Lit. Cont. die Sache abhängig machen. Allerdings ist hier diese Frage eine sehr zweifelhafte. Allgemeine Gründe sprechen gewiß dafür, jene Wirkungen schon mit der Mittheilung der Klage an den Beklagten eintreten zu lassen, weil er von da an weiß, daß wegen der Sache eine gerichtliche Anforderung gegen ihn vorliegt, und eigentlich dieses Bewußtseyn allein der Grund der genannten Wirkungen ist. So argumentirten wirklich auch die Röm. Juristen bei der Erbschaftsklage; sie dehnen ein Senatusconsult, welches bei der Erbschaftsklage jene Wirkungen zunächst an die Lit. Cont. knüpfte, dahin aus, daß man es auch auf den Zeitpunkt, in welchem der Beklagte mit der Klage bekannt gemacht wurde (post motam controversiam), beziehen müsse, und zwar aus dem Grunde: coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur. Freilich war dieser Grund von den Röm. Juristen nicht recht ausgedrückt; denn das Bewußtseyn, rem ad se non pertinentem zu besitzen, bekommt der Besitzer nicht nothwendig durch die Mittheilung der Klage, sondern nur das Bewußtseyn, eine Sache zu besitzen, an die ein Anderer Ansprüche erhebt. Aber gerade dieses Bewußtseyn kann allein der wahre innere Grund der angeführten Wirkungen seyn, und dieser Grund beschränkt sich nicht blos auf die Erbschaftsklage, sondern gilt auch für andere Klagen, welche gegen einen Besitzer auf Herausgabe einer Sache gehen, wie die rei vindicatio und die ad exhibendum actio. Indessen ist es freilich auffallend, daß bei anderen Klagen diese Ausdehnung nicht ausgesprochen und daß selbst noch in einigen Coderstellen die Lit. Cont. als der hier maaßgebende Zeitpunkt bei der Eigenthumsklage bezeichnet zu werden scheint (cst. 22 de rei vind. und cst. 2 de fruct. et lit. expens.; oben Not. 45, 47). Allein die eine dieser Coderstellen, die cst. 2 cit., spricht blos von res in judicium deducta, was in der Zeit, aus welcher diese Stelle ist, wohl schon die Mittheilung der Klage bedeuten kann, und darauf deutet auch hin, daß es hier heißt: ex quo re in judicium deducta scientiam malae possessionis accepit. Die andere frühere Stelle spricht allerdings von der lis contestata; allein der Zweifel, den sie begründen könnte, dürfte sich dadurch heben, daß gerade

in Beziehung auf die spezielle Frage, von der sie handelt, Justinian in J. II, 17 de off. jud. § 2 auch bei der Eigenthumsklage dieselbe Wirkung eintreten läßt post inchoatam petitionem, was in dem Justinianischen Sprachgebrauche und gerade in der Verbindung, in welcher Dieß Justinian sagt (er bemerkt, es gelte hier das Gleiche bei der Eigenthums- und bei der Erbschaftsklage), nichts Anderes heißen kann, als nachdem die Klage dem Beklagten mitgetheilt ist. Auch liegt für dieses Resultat noch ein Argument in der Nov. 112 cap. 1. So werden wir daher für das heutige Recht annehmen müssen, daß jene Wirkungen mit der Insinuation des ersten die Klagschrift dem Beklagten zur Beantwortung mittheilenden richterlichen Decrets eintreten.

6. Der Streitanfang hat auch für den unredlichen Besitzer eine Erhöhung seiner Verpflichtungen zur Folge. Er haftet von da an für den zufälligen Untergang der Sache und für die nach den Verhältnissen des Eigenthümers ziehbaren Früchte. Das Nähere hierüber ist unten am Ende des IV. Abschn. nach Not. 89 ausgeführt.

B. Folgen der Litis Contestation, welche sich noch im Justinianischen Recht erhalten hatten und auch bei uns Folgen der bei uns sogenannten Litis Contestation, der Einlassung auf die Klage sind [51].

1. Rechte, welche mit einer s.g. actio vindictam spirans verfolgbar und daher an sich nicht vererblich sind, gehen auf die Erben über, wenn der Erblasser sie zum Prozesse gebracht hat und erst nach der Lit. Cont. starb [52]. Dieß war im älteren Röm. Recht eine natürliche Folge anderweiter Principien. An sich waren solche Rechte eigentlich nicht in bonis des Berechtig-

---

51) In Beziehung auf das Folgende bemerke ich im Allgemeinen hinsichtlich des Württ. Rechts, daß mit der S. 87 ausgef. Beschränkung nach dem Württ. Landrechte I, 25 § 6 es gar keinen Zweifel haben kann, daß dasselbe durchaus davon ausgeht, die Wirkungen, welche die Lit. Cont. im Justinianischen Rechte habe, habe durchaus auch die Kriegsbefestigung oder Lit. Cont. in unserem Rechte. Vrgl. auch oben S. 88.

52) D. XLVII, 10 de injur. *l.* 13 *l.* 28 II, 11 si quis caut. *l.* 10 § 2 J. IV, 12 de perpet. act. § 1.

ten, nicht eigentlicher Theil seines Vermögens. Allein durch die Lit. Cont. wurde nach der Natur, welche sie im älteren Röm. Rechte hatte, gleichsam wie durch einen Contract eine neue Obligation zwischen den Parthieen auf den Grund der alten gegründet und Diese war nun wie eine Contractsobligation auf beiden Seiten vererblich [53]. Obgleich diese Natur der Lit. Cont. im späteren Röm. Rechte sich änderte oder vielmehr ganz verschwand: so behielt man doch die angeführte Folge noch bei, weil es immerhin den Verhältnissen nicht unangemessen schien, ein solches einmal zum festen Streitobjecte gewordenes Rechtsverhältniß als reines Vermögensrecht zu behandeln. Weiter aber ging das Röm. Recht nicht, d. h. es knüpfte die Vererblichkeit auch in den späteren Zeiten nicht an einen früheren Prozeßabschnitt, und so muß sie auch bei uns in diesen Fällen nach dem oben Ausgeführten an unsre Lit. Cont. geknüpft werden. Zwar will sie Sintenis Erläutt. I S. 146 bei uns an den Moment des Anbringens der Klage knüpfen; allein die allgemeinen Gründe, aus denen er hier argumentirt, dürften durch Das widerlegt seyn, was oben S. 85 f. ausgeführt wurde. Wenn Einige das Gleiche unter Berufung auf die K.G.O. von 1555 Th. II. Tit. 9 § 6 behaupten (z. B. Thibaut Pandect. § 70 verglichen mit seinen Dictaten bei Froben. I S. 78)t: so ist dage-

---

53) Not. 52 und oben S. 3, 4. Das Gleiche galt bei den (bei uns unpraktischen) Röm. Popularklagen. Diese sind natürlich an sich in Niemandes Vermögen; dadurch aber, daß Jemand ex populo wirklich klagt und mit dem Beklagten litem contestirt, geht nun das Recht auf die Leistung in sein Vermögen über und er überträgt es daher auf seine Erben; D. L, 16 de V.S. *l.* 12 pr. XXXV, 2 ad *l.* Falcid. *l.* 32 pr. — In eine ähnliche Kategorie, wie die actiones vindictam spirantes, gehört auch die querela inofficiosi testamenti; allein sie ist gerade in Beziehung auf ihre Transmission auf die Erben von den anderen actiones vindict. spir. wesentlich verschieden. Das Röm. Recht geht bei ihr davon aus: an sich gebühre sie den Erben des Berechtigten nicht, wenn er nicht selbst zu seinen Lebzeiten noch über die ihm widerfahrene Unbill seine Empfindlichkeit und seinen Entschluß, sie nicht ruhen zu lassen, geäußert habe. Diese Klage geht daher auf die Erben schon dann über, wenn nur der Erblasser den Entschluß, von ihr Gebrauch zu machen, bestimmt erklärt hatte. D. V, 2 de inoff. test. *l.* 6 § 2 *l.* 7 *l.* 15 § 1 C. III, 28 eod. tit. cst. 5.

gen zu bemerken, daß Diese gar nicht vom Uebergange der Klagen auf die Erben des Klägers spricht (s. unten Nr. 2 a. E.).

2. Klagen aus unerlaubten Handlungen können gegen die Erben Dessen, der die Handlung beging, theils gar nicht, theils nur beschränkt angestellt werden; Ersteres ist der Fall bei den Klagen auf Privatstrafen, Letzteres bei den sachverfolgenden. Allein fortgeführt können sie gegen die Erben auf ihren vollen Betrag werden, wenn der Berechtigte sie gegen den Erblasser angestellt und es mit ihm bis zur Litis Contestation gebracht hatte [54]. Auch hierüber ist aber wieder viel Streit. Viele behaupten, daß Privatstrafen schon dann, wenn die Klage gegen den Erblasser nur bei Gericht angebracht worden sey, unbedingt auf die Erben des Thäters übergehen wegen D. XLIV, 7 de oblig. et act. *l.* 33: „Constitutionibus, quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo". Allein diese Stelle, welche von Paulus herrührt, kann unmöglich diesen Sinn haben; denn andere Stellen in den Pandecten und darunter selbst solche, die ebenfalls aus Paulus sind (z. B. *l.* 8 *l.* 87 und 164 Not. 54 citt.), sagen ganz entschieden, daß jene Wirkung erst mit der Litis Contestation eintrete; und was das geltende Recht betrifft: so wird noch ausdrücklich im Codex und von Justinian in den Institutionen (s. Not. 54) jene Wirkung mit dürren Worten an die Lit. Cont. gebunden. Dieß geben auch die meisten Neueren zu; sie verstehen daher, wie auch schon manche Aeltere, die *l.* 33 cit. von einem Falle, in welchem die Lit. Cont. ungebührlich vom Beklagten hinausgezogen wurde [55]. Allein diese Auslegung ist doch bedenklich; denn die *l.* 33 enthält nicht die geringste Hindeutung auf eine solche Voraussetzung. Vielmehr wird man die Stelle entweder auf öffentliche Geldstrafen

---

54) D. L, 17 de reg. jur. *l.* 164 *l.* 87 *l.* 139 pr. XXVII, 7 de fidej. et nom. *l.* 8 § 1 C. IV, 17 de delict. defunct. cst. un. J. IV, 12 de perpet. act. § 1.

55) So z. B. Glück Pandect VI S. 196 und die dort Angeff. v. Vangerow Pandect. I S. 167 v. Savigny System V S. 47 Not. g.

bei criminibus extraordinariis zu beziehen haben [56] oder, wenn sie von Privatstrafen handelt, die Worte „si vivus conventus fuerat“ ganz in dem Sinne, welchen bei Privatklagen das conveniri gewöhnlich in den Pandecten hat, nehmen d. h. von der geschehenen Litis Contestation (S. 66) verstehen müssen, so daß die Worte „quasi lite contestata cum mortuo“ blos in diesem Sinne das conveniri näher erklären, die Stelle also einfach sagt: die Klage auf Privatstrafen geht gegen die Erben des Thäters, wenn Dieser noch bei Lebzeiten belangt, das heißt mit ihm lis contestirt wurde. Das quasi dürfte gegen diese Auslegung keine Schwierigkeit darbieten, da es in den Pandecten öfters in dem Sinne von scilicet oder ideo quod vorkommt [56a]. Jedenfalls kann die Stelle in Betreff des praktischen Resultates keine Schwierigkeit machen, da Codex und Institutionen aufs Bestimmteste den Uebergang der Klagen von der Lit. Cont. abhängig machen.

Andere behaupten dagegen, der Uebergang der Delictsklagen auf die Erben knüpfe sich wenigstens nach Deutschem Rechte an einen früheren Moment, und berufen sich dabei auf die K.G.O. v. 1555 Th. II Tit. 9. § 6, aber — was auffallend ist — in sehr verschiedener Weise. Nach Einigen soll diese Stelle den Grundsatz aussprechen, daß die Strafklagen und die sachverfol-

---

56) Dieser Ansicht sind schon einige Aeltere, welche Glück VI S. 198 in d. Note anführt. Wenn Glück mit Kleinschrod gegen diese Auslegung die *l.* 20 de aceus. anführt, nach welcher öffentliche Geldstrafen blos dann auf die Erben des Verbrechers übergehen sollen, wenn Dieser bei Lebzeiten verurtheilt worden: so übersahen Kleinschrod und Glück, daß die *l.* 20 Dieses blos für ordinaria crimina ausspricht, und gerade für andere öffentliche Verbrechen, also für die extraord. crimina („ex caeteris delictis“ was sich nicht, wie Kleinschrod und Glück glauben, auf Privatdelicte beziehen kann, wie schon die Worte accusatio mota beweisen; s. auch Marezoll Ueber die bürgerl. Ehre ꝛc. S. 47) den Uebergang der Strafe blos von der accusatio mota abhängig macht. Die Worte lite contestata in *l.* 33 würden auch keine Schwierigkeit machen, da litem contestari auch bei accusationes gebraucht wird, wie schon die *l.* 20 cit. beweist.

56a) Dirksen Manuale voc. quasi. Auf diese Weise wird die Stelle schon von der Glosse und später besonders von Giphanius Lectur. Altorphinae etc. ad *l.* 33 cit. p. 604 sq. ausgelegt.

genden Klagen aus unerlaubten Handlungen gegen die Erben des Thäters gehen, sobald die Ladung noch gegen den Thäter selbst geschehen ist, z. B. Francke Beiträge S. 43; Andere dagegen behaupten Dieß blos von den Strafklagen, z. B. Hefftér Civilproz. 2. Ausg. §. 346, Andere nicht von den Strafklagen, sondern blos von den sachverfolgenden Klagen, z. B. v. Bangerow Pandect. §. 145 a. E. Allein abgesehen davon, daß die angeführte Stelle der K.G.O. nicht von der Mittheilung der Klage, sondern schon von der bloßen Anstellung derselben spricht, also der Satz nach ihr sogar erweitert werden müßte [57]: so beweist doch in der That jene Stelle nicht Das, wofür sie angeführt wird. Denn sie spricht nicht entfernt einen allgemeinen Grundsatz aus, sondern bestimmt nur, daß bei Landfriedensbruchssachen, bei denen ohnehin manches Besondere galt, wenn sie vor dem Kammergerichte anhängig gemacht worden seyen, die Verpflichtung zum Ersatze und zur Privatstrafe auf die Erben übergehen solle. Dieses kann man aber auf andere Fälle nach anerkannten Auslegungsregeln nicht wohl ausdehnen.

3. Wer sein Recht als Kläger zum Prozesse gebracht hat, kann dasselbe und die damit verbundene Klage während des Prozesses nicht veräußern. Diese Unveräußerlichkeit des Rechts (actio litigiosa) tritt mit der Litis Contestation ein. Legislativ läßt sich dieses Verbot gewiß nicht billigen; allein wenn es einmal verhängt wird: so ist die Lit. Cont. der angemessenste und natürlichste Zeitpunkt, mit dem es eintreten müßte, weil früher das Recht des Klägers noch nicht eigentlich im Streite liegt. Auch sagt Dieß ausdrücklich C. VIII, 37 de lit. cont. cst. 2 und 4. Dennoch ist auch hier die Frage bestritten, indem Manche wegen Nov. CXII c. 1 die Litigiosität der Klage schon mit ihrer Insinuation an den Beklagten beginnen lassen wollen. Allein diese Novelle spricht gar nicht von diesem Falle, sondern von der S. 105 angeführten Litigiosität der

57) So nimmt es auch mit Recht Sintenis Erläutt. I S. 149 und Civilr. I S. 332. Nur geht er darin zu weit, daß er nun daraus den allgemeinen Satz herleitet, daß die K.G.O. den Uebergang der Klagen auf die Erben des Beklagten durch Einreichung der Klagschrift außer Zweifel setze.

im Streite befindlichen Sache und der dem Beklagten untersagten Veräußerung Derselben[58]. Indessen beruft sich doch wieder Sintenis Erläutt. I S. 178 für die Behauptung, daß die Litigiosität der Klagen mit der Insinuation der Klage eintrete, auf jene Novelle, weil darin „ein bestimmter Zeitpunkt aufgestellt „werde, von welchem an der Begriff der Litigiosität der Sache „mit seinen Folgen eintreten soll". Dieß ist es aber eben; die Nov. CXII handelt blos von der Litigiosität der Sache d. h. derjenigen Sache, die der Beklagte besitzt, und von der für den Beklagten hieraus sich ergebenden Beschränkung, aber nicht handelt sie von der Litigiosität der Klage und von der daraus für den Kläger sich ergebenden Beschränkung, und unmöglich kann man Das, was Justinian von dem einen Falle festsetzt, auf den anderen davon wesentlich verschiedenen ausdehnen.

4. Wer bei dinglichen Klagen, welche gegen den Besitzer einer Sache als Solchen gehen, sich für den Besitzer der betreffenden Sache ausgibt, während er sie nicht besitzt, ist nach der Litis Contestation als fingirter Besitzer zu behandeln und wenn die Klage an sich begründet ist auf den Werth der Sache zu verurtheilen (unten Not. 84).

5. Die Litis Contestation hat auf das Wahlrecht bei Rechtsverhältnissen in einigen Fällen Einfluß. Es ist aber hierbei zu unterscheiden:

a. Kommt dem Berechtigten ein Wahlrecht ausnahmsweise bei einer alternativen Obligation oder kommt ihm ein Wahlrecht zwischen zwei verschiedenen entgegengesetzten und einander ausschließenden Rechten zu: so entsteht die doppelte Frage: wann bindet ihn die getroffene und ausgesprochene Wahl (hat er ein Variationsrecht und wie lange hat er es) und wann muß er sich über die Wahl erklären? — Ueber das Variationsrecht entscheidet im Zweifel die Litis Contestation. Ist nämlich der Ausübung des Wahlrechts kein früherer Zeitpunkt gesetzt[58a] oder sind

58) Mühlenbruch Cession S. 386 und auch schon Lauterbach Coll. Pand. XLIV, 6 § 4. Nur herrschte bei den älteren Praktikern der Irrthum, als ob wenigstens bei Realklagen die Litigiosität der Klage schon mit der Ladung beginne s. Lauterbach l. c.

58 a) Ist nämlich ein solcher Termin festgesetzt: so kann natürlich der Berech-

bei der Verabredung nicht solche Worte gebraucht, aus denen sich ergibt, daß er die einmal, wenn auch außergerichtlich, getroffene Wahl nicht soll ändern können [59] oder hat er sich nicht mit dem Schuldner über den einen Gegenstand vereinbart: so kann er jedenfalls nach der Lit. Cont. seine getroffene Wahl nicht mehr ändern [60]. Hat deßhalb bei einer alternativen Obligation der Gläubiger auf den einen Gegenstand geklagt: so kann er statt dessen, ehe es zur Lit. Cont. kommt, im Zweifel die Klage auf den anderen Gegenstand richten. Ebenso wenn der Käufer wegen Mängel der Sache redhibitorisch auf Aufhebung des Kaufs geklagt hat, so kann er jedenfalls noch vor der Lit. Cont. die Klage ändern und quanto minoris auf Verringerung der Gegenleistung klagen [61]. Natürlich da, wo es in der Natur des eingegangenen Geschäfts schon liegt, daß dem Berechtigten zwei Rechte alternativ so zukommen sollen, daß er sofort eine bestimmte Erklärung

---

tigte seine im Termine erklärte Wahl nach Ablauf des Termins nicht mehr ändern. Wählt er nicht im Termine: so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, außer es wäre verabredet, daß wenn er den Termin verstreichen lasse, er gar nichts solle fordern dürfen.

59) Vrgl. D. XLV, 1 de V. O. *l.* 112 pr.

60) *l.* 112 cit. Vrgl. auch v. Bangerow Pandect. § 160 Nr. 10 § 569 Anm. 1 Nr. I, 1. Mühlenbruch Pandect. § 144 Not. 17 (womit aber nicht ganz vereinbar scheint, was Derselbe § 325 sagt). Auch gehören die Stellen, welche Bangerow § 160 Nro. 10 und Mühlenbruch anführen, zum Theile nicht hierher, wie z. B. die *l.* 33 D. XXX de legat. I (diese spricht von einem Falle der Prävention bei zwei Berechtigten) und die *l.* 57 § 1 D. XLVI, 3 de solut., denn diese spricht von der prozeßualischen Consumtion bei einer activen Correalobligation (oben S. 27 Note). — Bei Vermächtnissen kann überhaupt die einmal erklärte Wahl nicht wieder geändert werden D. XXXIII, 5 de opt. leg. *l.* 20 XXX de legat. I. *l.* 84 § 9.

61) Anderer Meinung scheint v. Savigny V S. 257 zu seyn. Allein die *l.* 18 pr. *l.* 19 § 6 XXI, 1 de aedil. edict. und die *l.* 25 § 1 XLIV, 2 de exc. rei jud. sagen nicht, daß vor der Lit. Cont. die Aenderung der Wahl ausgeschlossen sey, vielmehr liegt gerade in der *l.* 25 § 1 das Gegentheil. Es möchte sich sogar noch fragen, ob nicht gerade in Fällen, wie bei der actio redh. und quanto minoris auch nach der Lit. Cont. ein Fallenlassen der einen Klage (S. 52) und ein Zurückgreifen auf die andere bei uns zulässig ist. Im class. Röm. Recht war dieß deßhalb unzulässig, weil durch die Lit. Cont. über die eine Klage die andere consumirt wurde (*l.* 25 § 1 cit.), dieses Consumtionsprincip gilt aber bei uns nicht mehr.

über die getroffene Wahl aussprechen muß, liegt auch darin, daß er die einmal gegen den Verpflichteten ausgesprochene Erklärung nicht mehr ändern kann. Dieß ist z. B. der Fall bei der lex commissoria; es muß hier der Berechtigte sich bestimmt erklären, von welchem Rechte er Gebrauch machen wolle; hat er diese Erklärung einmal gegen den Gegner ausgesprochen: so kann er sie nachher nicht mehr ändern (D. XVIII, 3 de l. commissor. l. 4 § 2). Hieraus folgt, daß, wenn er dieß durch Anstellung einer Klage erklärt, er nach Mittheilung der Klagschrift an den Beklagten seine Entscheidung nicht mehr ändern kann[62]; ja in manchen Fällen schließt schon die an das Gericht gebrachte Wahl, also die Anstellung der Klage, ein Variationsrecht aus[63].

Die Frage, wann spätestens der Berechtigte sich über seine Wahl erklären muß, beantwortet sich theilweise schon aus dem Gesagten (Not. 58 a, 62, 63). Wie ist es aber bei alternativen Obligationen, wenn ihm zur Wahl kein Termin gesetzt ist? Nach dem ältern Röm. Recht mußte er sich jedenfalls bei der Lit. Cont. bindend erklären, und dieß wird auch wohl allgemein für das neueste Röm. und für unser Recht behauptet. Allein es möchte doch sehr zu bezweifeln seyn, ob das Letztere richtig ist. Vielmehr wird nach den oben H. II S. 26 f. ausgeführten Grundsätzen der Gläubiger, wenn er es vorzieht, bei uns auf Anerkennung der alternativen Obligation als Solcher und seines Wahlrechts klagen können, ohne erst eine bestimmte Wahl auszusprechen, und, wenn der Richter den Schuldner verurtheilt hat, den einen oder den andern Gegenstand nach der Wahl des Klägers zu leisten, erst beim Verlangen der Execution zu wählen haben.

b. Der Schuldner verliehrt das bei einer alternativen Obligation ihm im Zweifel zukommende Wahlrecht durch Einleitung des Prozesses nicht, selbst nicht durch die Lit. Cont., sollte er auch wirklich im Verzuge seyn[64]; auch kann

---

62) Hieraus ist zu erklären *l.* 7 de l. commissor. Ebenso entscheidet auch das Württ. Landr. II, 10 § 3.

63) Z. B. C. VI, 36 de codic. cst. ult.

64) Anders ist es natürlich in Fällen, wie Der, von welchem die *l.* 9 de verb. obl. handelt. — Es wird zwar häufig behauptet, daß bei alternativen Obli-

er im Zweifel die getroffene Wahl bis zur wirklichen Zahlung

---

gationen das Wahlrecht des Schuldners durch den Verzug des Letzteren erlösche und auf den Gläubiger übergehe; so z. B. von Zimmern im Arch. f. Civ. Proz. I. S. 326 f. und auch noch von Reyscher W. Privatr. § 402 Not. 7. Allein keine Stelle sagt Etwas der Art. Vrgl. auch v. Madai Lehre von der Mora S. 396 f. v. Vangerow Pand. § 569 Anm. 1 Nro. I. 4. Von den beiden Stellen, welche Reyscher anführt, handelt die eine (*l.* 57 pr. de solut.) gar nicht von einer alternativen Obligation (s. auch oben S. 26 Not 32 a. E.), und eben so wenig sagt die andere Stelle (*l.* 2 § 3 de eo quod certo loco), daß durch Verzug des Schuldners auf den Gläubiger die Wahl übergehe. Daß auch durch Lit. Cont, mag ein Verzug vorangegangen seyn oder nicht, die Wahl auf den Gläubiger nicht übergehe, beweist schon J IV, 6 de act. § 33, vielmehr kann der Schuldner während des Prozesses sich durch die Leistung des einen oder des andern Gegenstandes nach seiner Wahl liberiren. Vrgl. auch **Donellus** Comment. in Dig. de Verb. Oblig. ad leg. 106 nr. 8—10 **Hert** Commentatt. et Opusc. Vol. I Tom. III p. 355. Selbst wenn es zur Verurtheilung kommt, verliehrt der Schuldner nach dem heutigen Recht die Wahl noch nicht, sondern er ist alternativ zu verurtheilen (H. II S. 26 f.) und ihm ein Termin zur Wahl zu geben; erst, wenn er diesen verstreichen läßt, hat der Gläubiger zu wählen. Auch in dem Falle, in welchem nach Röm. Recht durch Lit. Cont. die Wahl auf den Gläubiger mittelbar überging, nämlich in dem Falle der *l.* 2 § 3 a. E. D. XIII, 4 de eo quod certo loco (wenn rerum alternatio locorum alternationi mixta est d. h. der Schuldner verspricht, entweder am Orte a eine gewisse Leistung oder am Orte b eine andre Leistung zu machen), und in welchem allgemein angenommen wird, daß hier auch bei uns noch der Schuldner durch die Lit. Cont. die Wahl verliehre, ist dieß bei uns aus den H. II S. 20 f. 26 f. verglichen mit S. 122 Not. 119 entwickelten Gründen nicht mehr der Fall; denn bei uns hat der Richter zu erkennen, daß der Schuldner entweder an dem einen Orte diese oder an dem anderen Orte jene Sache leisten soll, und es geht dann in Beziehung auf seine Wahl auf die vorhin bemerkte Weise. — **Donellus** a. a. O. meint, zwar nicht bei einer **obligatio alternativa**, aber doch bei einer **facultas alternativa** (vrgl. mein Handb. B. II § 33) verliehre der Schuldner durch die Lit. Cont. sein Wahlrecht; allein die *l.* 84 **de verb. oblig.**, auf die er sich beruft, handelt gar nicht von einem solchen Falle und ist überhaupt aus ganz anderen Grundsätzen zu erklären (oben S. 40, 41). Ueberdieß übersah **Donellus** ganz die *l.* 6 § 1 **XLII, 1 de re jud.** *l.* 20 § 5 **V, 3 de H. P.**, Stellen, aus welchen hervorgeht, daß schon nach Röm. Recht der Schuldner, wenn er bei einer **facultas altern.** auf den Werth der eigentlich schuldigen Leistung sogar verurtheilt war, der Zahlung desselben doch entgehen konnte, wenn er noch die in der **facultas** liegende Leistung (welche nicht in **obligatione** sondern nur in **solutione** ist) nachholte. So ist es auch bei uns, nur daß bei uns nicht in den Werth der eigentlich schuldigen Leistung sondern in sie selbst condemnirt wird (H. II S. 26 f.). Das Urtheil muß daher dem Schuldner die **facultas**

ändern[65]; er verliert sein Wahlrecht in der Regel nur durch Erfüllung der einen Leistung oder wenn er sich durch eine bestimmte Vereinbarung mit dem Gläubiger gebunden hat oder ihm ein bestimmter Termin zur Wahl gesetzt ist und er diesen verstreichen läßt, in welchem letzteren Falle dann im Zweifel das Wahlrecht auf den Gläubiger übergeht[65a]. Dagegen verfällt eine Conventionalstrafe, welche bei positiven Leistungen statt der Hauptleistung für den Fall der Nichtleistung derselben versprochen wurde, wenn keine bestimmte Zeit für die Leistung festgesetzt war[66], zwar nicht schon unbedingt mit dem Verzuge des Schuldners, aber doch jedenfalls mit der Litis Contestation, d. h. der Schuldner kann die Leistung noch bis zur Lit. Cont. nachholen, außer der Gläubiger hätte nach eingetretenem Verzuge des Schuldners ein besonderes Interesse, die Strafe statt der Leistung zu fordern[66a].

6. Für den Verzug des Schuldners ist die Litis Contestation nicht maaßgebend. War der Schuldner nicht im Verzuge: so kommt er nun weder durch die Mittheilung der Klage, noch durch die Lit. Cont. in den Verzug, außer er hätte gar keine plausible Gründe, die Sache auf den Prozeß ankommen zu lassen[67], in welchem Falle aber nicht erst die Lit. Cont., sondern schon die Mittheilung der Klage ihn nach gemeinem Recht in Verzug setzt. Hier weicht aber auf eine eigene Weise das Württ. Recht von

---

altern. frei lassen; läßt er es aber zur Klage auf Execution kommen und holt er die in der facult. altern. liegende Leistung nicht vor seiner Erklärung auf diese Klage nach: so hat er das Recht, sich durch die Letztere zu befreien, verlohren. S. *l.* 20 § 5 *l.* 6 § 1 cit. auch X. III, 17 de eint. cap. 6.

65) D. XLV, 1 de V. O. *l.* 138 § 1 *l.* 106. Büchel Erläutt. zu Wening H. III S. 11 v. Vangerow Pand. § 569 Anm. 1 Nr. 1, 2. Anders ist es bei Vermächtnissen D. XXX de legat. I *l.* 84 § 9 XXXI de legat. II *l.* 19.

65 a) D. de legat. II *l.* 11 § 1.

66) Ist ein bestimmter Termin gesetzt: so verfällt die Strafe sogleich mit dem Ablauf desselben (C. VIII, 38 de contr. stip. est. 12); ebenso verfällt sie, wenn eine Unterlassung unter einer Conv.-Strafe versprochen ist, sofort, sobald das Gegentheil geschieht.

66 a) D. XXXIII, 9 de penu *l.* 1 IV, 8 de recept. *l.* 21 § 12 *l.* 22.

67) Erörtt. H. II S. 54. Deßhalb tritt auch die Verbindlichkeit zu Verzugszinsen nicht unbedingt mit der Prozeßeinlettung ein (s. oben S. 24 Not. 30 a. E.). Auch die Möglichkeit, einen Verzug wieder gut zu machen, wird durch die Lit. Cont. nicht unbedingt ausgeschlossen; s. oben S. 40, 41 und Not. 84.

dem gemeinen ab. Hatte nämlich der Schuldner keine plausible Gründe, es auf den Prozeß ankommen zu lassen: so kommt er nach Württ. Recht, wenn er früher noch nicht gemahnt oder nicht aus anderen Gründen, z. B. wegen des abgelaufenen Erfüllungstages, in Verzug gesetzt war, bei einer eigentlich gerichtlichen Mahnung d. h. einer vor dem competenten Gerichte förmlich angebrachten Klage nicht schon durch die Mittheilung der Klage, sondern erst durch die Litis Contestation in Verzug. Landr. II, 1 § 12 a. E.

IV.

Welcher Prozeßabschnitt entscheidet über die Begründung und Statthaftigkeit einer Klage.

Es kann der Fall seyn, daß Jemand eine Klage erhebt, welche zwar zur Zeit ihrer Anstellung nicht begründet war, aber durch spätere erst während des Prozesses eintretende Ereignisse begründet wird, oder daß er eine an sich ganz begründete Klage erhebt, durch spätere während des Prozesses eingetretene Ereignisse aber das Recht, das er durch die Klage verfolgt, ganz erlischt. Hier entsteht die Frage, welcher Zeitpunkt des Prozesses über die Begründung und Statthaftigkeit der Klage entscheide, ob also solche spätere Ereignisse im ersteren Falle zu Gunsten des Klägers, im letzteren zu seinem Nachtheile vom Richter im Urtheile zu beachten sind.

Gewöhnlich wird diese Frage wohl zu allgemein beantwortet. So sagt z. B. Rudorff Grundriß z. Vorles. üb. d. gemeine Civilr. 2. Ausg. 1843 S. 92, über das Recht des Klägers entscheide der Zeitpunct der Litis Contestation sowohl bei Klagen in rem, als bei Klagen in personam; wenn jedoch der Kläger vor der Verurtheilung befriedigt werde: so werde der Beklagte absolvirt. Gleiches behauptet Puchta Pandect. 3. Ausg. S. 138. Beschränkter drückt sich v. Vangerow Pandect. § 160 Nr. 4 aus; nach ihm soll über die Frage, ob eine Klage begründet sey, bei actiones bonae fidei der Moment des Urtheils, bei actiones stricti juris aber und bei dinglichen Klagen der Moment der

Litis Contestation entscheiden. Aber auch Dieses ist noch zu allgemein [67a]. Was nämlich

I. den Fall betrifft, wenn das Recht des Klägers an sich zur Zeit der Litis Contestation nicht begründet war, aber er es noch während des Prozesses aus einem Fundamente, auf welches er schon seine Klage gegründet hatte, erwirbt: so mußte

1. bei persönlichen Klagen, welche bonae fidei waren, nach dem Grundsatze, der überhaupt bei der Beurtheilung dieser Klagen galt (H. II S. 47), auch das später eingetretene Ereigniß vom urtheilenden Richter beachtet, somit das Recht des Klägers anerkannt und der Beklagte verurtheilt werden (D. XVII, 1 mand. *l.* 17). Bei actiones stricti juris dagegen wurde Alles streng nach der Zeit der Litis Contestation beurtheilt und somit eine spätere Erwerbung des Rechts nicht beachtet und der Beklagte in einem solchen Falle absolvirt [67b]. Da nun bei uns blos die Grundsätze der bonae fidei actiones gelten: so erhalten wir dadurch für persönliche Klagen den Grundsatz, daß über die Begründung der persönlichen Klagen nicht mehr der Zeitpunkt der Litis Contestation entscheidet, sondern der Kläger auch die während des Prozesses eingetretene Verwirklichung seines Rechts so lange geltend machen kann, als überhaupt noch die Beibringung von Beweisen nach prozeßualischen Grundsätzen zulässig ist.

2. Bei dinglichen Klagen spricht allerdings Vieles dafür, daß im älteren Römischen Rechte ihre Begründung blos nach dem Zeitpunkte der Litis Contestation beurtheilt wurde [68].

---

67 a) An einer späteren Stelle (Pand. § 332 Anm. 2) gibt Vangerow zu, daß auch bei dinglichen Klagen nach Canonischem Rechte der Satz zu modificiren sey.

67 b) Vrgl. H. II S. 46, 47 S. 56 Not. 25 und Keller Lit. Cont. S. 185 f.

68) Vrgl. Voet Comment. ad Pand. VI, 1 § 4 Glück Pand. Bd. VIII S. 148 f. Nur ist es nicht genügend, wenn man sich hiefür gewöhnlich auf D. V, 1 de judic. *l.* 23 (mit anderen Beweisgründen, oder sogar wie Mühlenbruch Pand. § 269 Not. 4 und Vangerow Pandect. § 332 Anm. 2 allein) beruft. Denn diese Stelle ist zu unbestimmt, und spricht gar nicht besonders von dinglichen Klagen; wollte man sie aber in ganz allgemeinem Sinne nehmen und in Folge dessen auch auf dingliche Klagen anwenden: so würde dieß zu unauflöslichen Widersprüchen, namentlich mit *l.* 17 mandat. cit. führen.

Hiernach mußte z. B. ein Kläger, welcher eine Sache vindicirte, aber zur Zeit der Litis Contestation noch nicht Eigenthümer war, abgewiesen werden, sollte er auch das Eigenthum nach der Litis Contestation erwerben; nur konnte er wegen des neu eingetretenen Erwerbgrundes eine neue Klage anstellen[69]. Allein dieß galt nur nach älterem Römischem Recht und änderte sich jedenfalls — was von unsren Schriftstellern gar nicht beachtet zu werden scheint — im Justinianischen Recht. Nach diesem nämlich kann es keinen Zweifel leiden, daß bei dinglichen Klagen der Kläger, wenn er im Laufe des Prozesses das in Anspruch genommene Recht erwirbt, auf diese Erwerbung hin den Prozeß fortsetzen konnte und der Beklagte zu verurtheilen war. Denn Justinian gestattet ja dem Kläger im Laufe des Prozesses sogar eine Aenderung des Klaglibells, wenn sie auch den Klaggrund betrifft, und wenn daher z. B. Jemand eine Sache vindicirt, weil er sie durch Tradition erworben habe, und er findet im Laufe des Prozesses, daß er damit nicht durchdringen kann, es tritt aber für ihn inzwischen ein anderer Erwerbungsgrund der Sache ein: so kann er nun nach Justinianischem Recht in diesem Prozesse seinen Klaglibell ändern und auf den neu eingetretenen Grund hin die Verurtheilung des Beklagten erwirken[70]. Eine solche Klagänderung ist nun zwar in unsrem heutigen Prozesse nach der Litis Contestation nicht mehr zulässig (S. 54 Not. a. E.). Dagegen kann es bei uns keinen Zweifel haben, daß eine erst während des Prozesses eingetretene Rechtserwerbung auch bei dinglichen Klagen vom Richter zu beachten ist, wenn dadurch nicht der ursprüngliche Klaggrund geändert wird. Denn das Canonische Recht[71] bestimmt, daß, wenn gerade derjenige Erwerbungsgrund, auf welchen die dingliche Klage gestützt wird und welcher zur Zeit der Litis Contestation nicht begründet war, durch ein späteres Ereigniß begründet wurde[72], oder wenn der

69) D. XLIV, 2 d. except. rei jud. l. 11 § 4. 5.

70) J. IV, 6 d. act. § 35. Vrgl. auch Schrader in seiner Institut. Ausgabe zum § 35 cit.

71) In VIto II, 14 de sent. cap. 3.

72) Diesen Fall übergehen mit Unrecht gewöhnlich Diejenigen, welche hier im Uebrigen das Canon. Recht beachten (z. B. Glück Pand. VIII S. 150

Kläger ohne Bezeichnung eines bestimmten Erwerbungsgrundes klagte und im Laufe des Prozesses das Recht aus irgend einem Grunde erwarb, somit eine Aenderung des ursprünglichen Klaggrundes nicht eintritt, nun nicht der Zeitpunkt der Litis Contestation festzuhalten, sondern der Beklagte zu verurtheilen ist.

Hieraus ergibt sich also für das bei uns geltende Recht der allgemeine Grundsatz, den auch unsre älteren tüchtigen praktischen Schriftsteller stets annahmen[72a], daß es in Beziehung auf die unter I aufgeworfene Frage nicht mehr auf die Zeit der Litis Contestation ankommt, vielmehr der Beklagte zu verurtheilen ist, wenn nur das Recht noch während des Prozesses vom Kläger erworben wird. Nur treten hier zwei Beschränkungen ein:

a. Der Kläger darf nach dem jetzigen Rechte nach der Litis Contestation seinen Klaggrund nicht ändern; es muß also, wenn er in demselben Prozesse die neu eingetretene Rechtserwerbung geltend machen will, diese Erwerbung gerade auf den Grund sich stützen, aus welchem er seine Klage erhob. Z. B. wenn ich eine Sache unter einer auflösenden Bedingung veräusserte und sie vom dritten Besitzer vindicire, weil ich glaubte, die Bedingung sey eingetreten, ich irrte mich aber hierin, die Bedingung tritt jedoch während des Prozesses nach der Litis Contestation ein: so kann ich, weil von einer Aenderung des Klaggrundes hier nicht die Rede ist, den Prozeß fortsetzen und der Beklagte ist zu verur-

---

v. Vangerow Pand. § 332 Anm. 2), indem sie blos den gleich folgenden anführen. Allein cap. 3 cit. sagt ausdrücklich: secus est (d. h. die spätere Erwerbung ist nicht zu beachten), si certam et specialem (causam) in sua petitione subjunxerit, nisi postmodum intentionem suam ex eadem prorsus, quam prius expressit, tunc etiam competenti causa fundarit.

72a) Franzke Var. resolutt. VI, 1 Nr. 13. Lauterbach Coll. Pand. VI, 1 Nr. 8 Stryck Us. mod. VI, 1 § 11 und die dort Angeff., auch Glück Pand. Bd. VIII S. 149 f. Wenn Mühlenbruch Pandectenr. § 269 in Not. 4 sagt, daß die Streitfrage, ob es genüge, wenn der Kläger erst während des Prozesses das Eigenthum erwirbt, nach dem Röm. Rechte, mit welchem auch die heutige Praxis übereinstimme, zu verneinen sey: so ist das über die Praxis Gesagte wohl sehr zu bezweifeln (sobald nur die Sache auf die im Texte bemerkte Weise näher bestimmt wird), und das über das Röm. Recht Gesagte nach dem Justinianischen Rechte unrichtig.

theilen; nur muß der Kläger in einem solchen Falle dem Beklagten die Prozeßkosten insoweit ersetzen, als sie durch die vor dem Eintritt der wirklichen Erwerbung geführten Verhandlungen vergeblich aufgewendet waren.

b. Die Rechtserwerbung darf nicht erst nach Ablauf des Beweistermins eingetreten seyn; tritt sie erst nach diesem ein: so kann der Kläger in diesem Prozesse (soweit er nicht etwa in einer Appellationsinstanz noch nova beibringen darf) sein Recht nicht mehr beweisen; er muß daher die angestellte Klage fallen oder sich abweisen lassen und auf den neu eingetretenen Erwerbungsgrund hin eine neue Klage anstellen[73].

II. Das Recht des Klägers war zur Zeit der Litis Contestation begründet, erlischt aber durch später eingetretene Ereignisse. Ist hier der Beklagte nun doch ohne Rücksicht auf die später eingetretene Erlöschung des Rechts des Klägers zu verurtheilen? Auch hier ist zu unterscheiden.

1. Bei persönlichen Klagen, welche **stricti juris** waren, wird die Frage wohl allgemein von unsren Schriftstellern bejaht. Allerdings wurde von einem Theile der älteren Röm. Juristen, den Proculeanern, so entschieden; denn diese gingen ja sogar so weit, nicht einmal in dem Falle den Beklagten zu absolviren, wenn er während des Prozesses bei einer solchen Klage freiwillig den Gegenstand seiner Verbindlichkeit zahlte, **quia judicii accipiendi tempore in ea causa erat, ut damnari debeat.** Andere Röm. Juristen aber verwarfen wenigstens für den letzteren Fall eine solche Strenge und erklärten sich in demselben für Absolution des Schuldners und diese Ansicht wurde die geltende (oben S. 25, 26). Ob sie aber nicht noch weiter gingen und auch andere während des Prozesses eingetretene Erlöschungsgründe beachteten, dieß ist nicht unwahrscheinlich, aber doch die Ausdehnung, in der es geschehen seyn mochte, zweifelhaft[74]. Indessen ist diese Untersuchung für unser heutiges Recht ohne weiteres Interesse, da bei **bonae fidei actionibus**

---

73) **Stryck** l. c. **Glück** a. a. O. S. 151.

74) S. z. B. **D. XIII, 1** d. condict. furt. *l.* 14 pr. ferner **XLII, 1** de re jud. *l.* 8 **XVI, 3** dep. *l.* 12 § 3 (vrgl. *l.* 14 § 1 eod.).

der Richter jedenfalls auch später eingetretene Befreiungsgründe beachten mußte und dieß also bei uns bei allen Klagen gilt.

2. Was die dinglichen Klagen betrifft: so wird von Vielen[75] behauptet, daß hier ohne alle Rücksicht auf spätere Ereignisse der Beklagte zu verurtheilen sey, wenn nur zur Zeit der Litis Contestation das Recht des Klägers begründet war[75a]. Allein dieß sagen die Römischen Quellen nicht. Vielmehr muß man das Gegentheil als Regel annehmen, und diese Regel leidet nur da und in soweit eine Ausnahme, als eine besondere persönliche Verpflichtung des Beklagten gegenüber vom Kläger die eingetretene Erlöschung des dinglichen Rechts des Klägers aus besonderen Gründen unwirksam macht. Man kann nämlich aus den Stellen, auf welche die Dissentienten ihre Behauptung stützen[76], nur folgende Sätze herleiten: dem Kläger soll es gegenüber vom Beklagten nicht schaden, vielmehr ist Dieser zu verurtheilen, wenn dem Kläger sein Recht nach der Litis Contestation verlohren geht entweder a. durch eine unbefugte Handlung des Beklagten (z. B. dolose oder culpose Vernichtung der Sache) oder b. überhaupt durch ein Ereigniß, für welches der Beklagte zu haften hat (z. B. zufälliger Untergang der Sache beim unredlichen Besitzer), oder c. durch eine erst während des Prozesses eingetretene Usucapion. Diese Entscheidung stützt sich auf ganz natürliche Gründe. In den beiden ersteren Fällen (a und b) sind diese ganz unläugbar. Aber auch die Stellen über die Usucapion (c), auf welche die Andersmeinenden ihre Behauptung, daß bei dinglichen Klagen ein später eingetretener Verlust des Rechts den Beklagten nicht gegen Verurtheilung schütze, hauptsächlich und zum Theile allein gründen, machen keine Schwierigkeit. Denn auch hier erklärt sich, wie schon S. 99 f. gezeigt wurde, die Sache auf ganz natürliche Weise durch die in Folge der Litis Cont. begründete persönliche Ver-

---

75) Z. B. Bangerow und Rudorff an den S. 120 angeff. Orten, ferner Keller Litis Contestation S. 173.

75 a) Natürlich aber, da die dinglichen Klagen arbitrariae actt. sind (S. II S. 17), den Fall ausgenommen, wenn der Beklagte freiwillig erfüllte.

76) Nämlich D. VI, 1 de R. V. *l.* 18—21 XXXIX, 3 de aqua *l.* 4 § 1 *l.* 16 XLI, 4 pro emt. *l.* 2 § 21 VIII, 5 si serv. vind. *l.* 8 § 4 VII, 2 de usufruct. accresc. *l.* 10. Ueber die letztere Stelle s. Keller a. a. O. S. 177.

pflichtung des Beklagten, der er sich nicht einseitig durch Vollendung einer Usucapion entziehen konnte, so daß also auch hieraus der allgemeine in seiner Allgemeinheit unnatürliche Grundsatz der Dissentienten sich nicht herleiten läßt. Wäre überhaupt ein solcher Grundsatz begründet, so würde der redliche Besitzer durch den nach der Lit. Cont. erfolgten zufälligen Untergang der geforderten Sache nicht befreit, sondern müßte, obwohl das Recht des Klägers erloschen ist, doch (in den Werth) verurtheilt werden. Allein die R. Quellen sagen bestimmt, daß hier durch die nach der Lit. Cont. eingetretene Erlöschung des Rechts des Klägers der Beklagte befreit werde [77]. Sollte aber auch je noch ein Zweifel in der Sache seyn können: so müßte er jedenfalls bei uns, wenn das H. II S. 112 f. Ausgeführte richtig ist, verschwinden, da nach unsrem Rechte die Grundsätze der b. f. actiones auch hier anzuwenden sind [78].

So ergibt sich daher auch bei den dinglichen Klagen wie bei den persönlichen der Grundsatz, daß wenn das Recht des Klägers zur Zeit der Litis Contestation zwar begründet war aber aus irgend einem Grunde, sofern nur nicht der Grund ein solcher ist für den der Beklagte persönlich einzustehen hat [79], nach der Litis Contestation während des Prozesses verlohren geht, der Beklagte freizusprechen und der Kläger abzuweisen ist. Dafür sind auch beinahe durchaus die älteren, besonders die praktischen Schriftsteller [80].

III. Handelt es sich nicht von der Frage der Existenz des eingeklagten Rechts an sich, sondern blos von faktischen

---

77) D. VI, 1 de R. V. *l.* 16 pr. V, 3 de H. P. *l.* 40 pr. Allerdings scheinen auch hier, wie in dem S. 25 erwähnten Falle, die Proculejaner anderer Ansicht gewesen zu seyn (*l.* 40 cit.); allein daß die entgegengesetzte Ansicht die Oberhand gewann, beweisen schon die angeff. Stellen.

78) Bei der hereditatis petit. konnte nach Justinianischem Recht auch kein Zweifel darüber seyn wegen des H. II S. 108 Not. 107 Bemerkten.

79) Oben S. 125 Lit. a u. b. Die unter Lit. c angef. Ausnahme fällt schon nach dem Justinianischen Recht weg, da nach demselben eine Usucapion während des Prozesses nicht mehr vollendet werden kann. S. 104 bei und in Not. 40.

80) Vrgl. z. B. Lauterbach Coll. Pand. VI, 1 nr. 8. Voet Comm. in Pand. VI, 1 nr. 4 Glück Pand. B. VIII S. 154.

Voraussetzungen seiner Verfolgbarkeit gegen den bestimmten Beklagten: so gilt

A. als Regel, daß hier die Zeit der Urtheilsfällung entscheidet[81]. Sind sie daher zu dieser Zeit vorhanden: so ist der Beklagte, wenn das Recht des Klägers an sich begründet ist, zu verurtheilen; wenn sie aber zu dieser Zeit nicht mehr vorhanden sind: so ist er zu absolviren[82]. Namentlich ist diese Frage wichtig bei allen Klagen, welche auf Herausgabe einer Sache gegen den Besitzer derselben als Solchen gehen, welche also gegen eine bestimmte Person zunächst lediglich durch deren Besitz bestimmt werden, wie z. B. bei dinglichen Klagen und der actio ad exhibendum. Besitzt der Beklagte zwar nicht zur Zeit der Lit. Cont., aber doch zur Zeit der Urtheilsfällung: so genügt es; besitzt er nicht zur Zeit des Urtheils: so ist er zu absolviren[83] (sollte er auch zur Zeit der Lit. Cont. besessen haben), sofern nicht ein besonderer obligatorischer Grund ihn zum Ersatze des Werths des Streitgegenstandes verbindlich macht. Solche obligatorische Gründe sind

1. Täuschung des Klägers. Wer sich wider besseres Wissen für den Besitzer der Sache ausgibt, dadurch den Kläger täuscht und es bis zur Litis Contestation kommen läßt, muß dem

---

81) Vrgl. auch über diese Regel Keller Litis Contestation S. 190 f.

82) Ebenso entscheidet bei der actio de peculio über den Grad des materiellen Erfolgs der Klage die Zeit der Verurtheilung d. h. es kommt auf den Bestand des Peculiums an, wie er zu dieser Zeit ist. D. XV, 1 de pecul. *l.* 30 pr. XLII, 4 quib. ex caus. *l.* 7 § 15.

83) D. VI, 1 de R. V. *l.* 27 § 1 (über diese Stelle vrgl. auch Keller S. 191) V, 3 de H. P. *l.* 18 § 1 X, 4 ad exhib. *l.* 7 § 4 *l.* 8, XVI, 3 depos. *l.* 1 § 21. de pecul. *l.* 30 pr. Vgl. auch oben S. 11 Not. 12. Die Frage aber, ob der Beklagte zur Zeit der Einleitung des Prozesses besaß, ist deßhalb sehr wichtig, weil durch die Einleitung des Prozesses die Obligation des redlichen Besitzers auf Herausgabe der Sache so begründet wird, daß nun, wenn er wirklich zu dieser Zeit besaß und der Kläger sein Recht an der Sache nachweist, der Beklagte, wenn er von dieser Obligation befreit werden soll, den Befreiungsgrund nachweisen muß. Befreit wird er aber von seiner Obligation jetzt nur durch zufälligen Besitzverlust; er muß also nachweisen, daß er durch Zufall, weder durch Culpa noch durch Dolus, den Besitz verlohren habe D. de R. V. *l.* 27 § 1 ad exhib. *l.* 7 § 5 XLIV, 2 de exc. rei jud. *l.* 17.

Kläger den Werth der Sache bezahlen, wenn dieser sein Recht an der Sache beweisen kann. Für das Haften entscheidet hier somit der Zeitpunkt der Litis Contestation[84].

2. Bösliche Besitzentäußerung. Hiernach haftet der Besitzer, welcher vor dem Prozesse sich des Besitzes der Sache arglistig entäußerte — qui dolo desiit possidere — sey es durch Verzehren, Vernichten, Umformen oder durch Veräußern ꝛc., gerade so, als ob er noch Besitzer wäre; der Prozeß kann gegen ihn, wie gegen einen Besitzer, eingeleitet und durchgeführt werden, so daß, wenn der Kläger sein Recht in Beziehung auf die Sache erweist, der Beklagte (da er die Sache wegen seines Dolus nicht restituiren kann) in den vom Kläger durch seinen Schätzungseid zu bestimmenden Werth der Sache zu verurtheilen ist[85]. Was heißt aber hier eine arglistige Entäußerung des Besitzes? Meist wird die Frage entweder gar nicht näher oder sehr ungenau und unbestimmt oder unrichtig beantwortet[86]. Beim unredlichen Besitzer ist jede Entäußerung

---

84) D. VI, 1 de R. V. *l.* 25, 26, 27 pr. V, 3 de H. P. *l.* 13 § 13 *l* 45. Nach der herrschenden Ansicht (vrgl. z. B. Glück Pand. VIII S. 203 v. Bangerow Pand. § 332 S. 576) soll die Lit. Cont. dann nicht maaßgebend seyn, wenn der Nichtbesitzer durch das Vorgeben, daß er besitze, den Berechtigten von der Anstellung der Klage gegen einen Andern abgehalten habe. Hier soll nach *l.* 27 pr. de R. V. gegen den Nichtbesitzer auch dann die Klage fortgeführt werden können, als ob er noch besäße, wenn er auch vor der Lit. Cont. seinen Nichtbesitz eingestände. Allein die *l.* 27 sagt dieß nicht. Wetzell der röm. Vindikationsproz. S. 215.

85) Zuerst durch ein S.C. unter Hadrian (s. g. S.C. Juventianum) bei Erbschaften, die dem Fiscus verfallen waren, eingeführt, dann auf die Erbschaftsklage der Privaten und auf andre Klagen, die gegen den Besitzer als Solchen gehen, ausgedehnt. S. D. de H. P. *l.* 20 § 6—11 *l.* 25 § 2—8 de R. V. *l.* 27 § 3 ferner X, 4 ad exhib. *l.* 9 pr. § 2 *l.* 14 *l.* 15 C. III, 42 ad exhib. cst. 5. Vrgl. auch D. L, 17 de R. J. *l.* 131 *l.* 150.

86) Gar nicht näher von den Meisten, ungenau und unrichtig namentlich viel zu eng z. B. von Thibaut Pand. § 206 und Mühlenbruch Pand. § 269 die Sache „veräußern, um sich der Klage zu entziehen" (dieß ist in doppelter Hinsicht viel zu eng, nicht blos in Beziehung auf den Zweck, sondern auch auf den Act an sich, da man auch ohne Veräußerung arglistig zu besitzen aufhören kann z. B. durch Vernichtung, D. ad exhib. *l.* 9 pr., oder durch Adjunction, meine Abh. im Rechtslexicon I S. 24), ferner von Sintenis Civilr. § 42 Not. 37

des Besitzes eine arglistige, welche er im Bewußtseyn, in Betreff der Sache nicht berechtigt zu seyn, vornimmt [87]; beim redlichen Besitzer fällt dagegen in der Regel keine Besitzentäußerung in diese Kategorie, da er eben, weil er redlicher Besitzer ist, sich zu jeder Verfügung über die Sache und selbst zu ihrer Vernichtung befugt halten muß [88]. Bei ihm kann nur dann eine Besitzentäußerung eine arglistige genannt werden, wenn er an der Redlichkeit seines Besitzes wenigstens zu zweifeln beginnt, und nun sich der Sache entäußert um sie jedenfalls dem etwa Berechtigten zu entziehen [89].

3. Unredlichkeit des Besitzes. Der unredliche Besitzer einer fremden Sache haftet von der Zeit, an welcher sein

---

(und ähnlich von Schilling Instit. II § 136) „um dem Berechtigten die Verfolgung seines Rechts zu erschweren". Man vergleiche dagegen nur die Stellen der Not. 85 und D. IV, 7 de alien. jud. mut. c. *l.* 4 § 1. Aus jener zu beschränkten und unrichtigen Erklärung folgt auch z. B. bei Sintenis (Civilr. § 52 Not. 16) der Irrthum, als ob durch das S.C. Juventianum die in factum actio wegen alienatio judicii mutandi causa ganz überflüssig geworden sey. Dieß ist keineswegs der Fall (was aber hier zu beweisen, zu weit führen würde); auch sagt nicht etwas der Art Mühlenbruch, auf den sich Sintenis beruft. Ueberhaupt ist zu bedenken, daß Römische Juristen lange nach der Zeit der Erlassung des S.C. Juvent. doch jene actio in factum noch als etwas durchaus Practisches behandeln (wie z. B. Ulpianus und Paulus).

87) S. die Stellen der Not. 85, besonders auch die aus dem Tit. ad exhib. angeff., namentlich *l.* 14 ad exhib. Nahm er die Veräußerung vor, weil die Sache sich nicht aufbewahren ließ: so tritt die Milderung ein, daß er blos den Werth zu erstatten hat, den sie zur Zeit der Veräußerung hatte, wofür im Zweifel der eingehobene Preis zu nehmen ist (namentlich fällt also hier das jur. in litem des Klägers weg) D. de R. V. *l.* 15 § 1.

88) D. de H. P. *l.* 31 § 3 *l.* 25 § 11 vrgl. auch IV, 7 de alienat. jud. mut. c. *l.* 4 § 1.

89) Manche glauben, beim b. f. possessor könne ein dolo desinere possidere gar nicht vorkommen und sie beziehen daher Dasselbe blos auf den unredlichen Besitzer z. B. Göschen Vand. Vorless. § 235 B. II S. 48, 49 auch wie es scheint Glück Vand. VIII S. 245. Allein dagegen ist die allgemeine Sprache der Quellen und auch noch besonders *l.* 45 de R. V. Nur ist dabei wohl zu beachten, was bei Not. 88 gesagt ist, und daß ein Besitzer im guten Glauben nicht einmal dadurch, daß er die Sache veräußert, um sich blos den Unannehmlichkeiten eines bevorstehenden Prozesses zu entziehen, dolo desiit possidere D. de alienat jud. mut. c. *l.* 4 § 1.

Besitz ein unredlicher war, dem wahren Berechtigten auch für jede Fahrlässigkeit, und zwar so, daß wenn die Sache durch seine Fahrlässigkeit nicht mehr existirt oder nicht mehr in seinen Händen ist, er doch mit den gegen den Besitzer als Solchen gehenden Klagen (z. B. hered. petit. rei vind.) gleichsam als ob er sie noch besäße, auf ihren vom Richter zu bestimmenden Werth belangt werden kann [90]; bei zufälligem Untergang oder Abhanden-

---

90) Dieß sagt bestimmt D. de H. P. *l.* 25 § 2 *l.* 31 § 3. Vrgl. auch de R. V. *l.* 45 und Not. 85. Gewöhnlich wird zu den s. g. **ficti possessores** d. h. zu Denjenigen, gegen welche Klagen, die gegen den Besitzer als Solchen gehen, angestellt und fortgeführt werden können quasi possiderent, blos Derjenige gerechnet qui liti se obtulit (Nro. 1) und Derjenige qui dolo possidere desiit (Nro. 2); allein die angeff. Stellen beweisen, daß der unredliche Besitzer, wenn er vor Einleitung des Prozesses **culpa desiit possidere**, auch hierher gehört (vrgl. auch Not. 91). Dieser Ansicht sind auch z. B. Voët Comm. ad Pand. VI, 1 nr. 33 Glück Pandect. VIII § 208 Göschen a. a. O. Sintenis Civilr. § 42 Not. 38; nur ist es unrichtig, wenn Sintenis sagt, daß unter dem dolo desinere possidere auch die culpa mitbegriffen sey; denn der m. f. possessor, welcher blos **culpa desiit possidere**, wird weit gelinder behandelt, namentlich indem gegen ihn das juram. in litem des Klägers nicht zulässig ist (*l.* 4 § 4 *l.* 5 § 3 de in lit. jur. *l.* 68 de R. V.) und bei ihm das in *l.* 63 de R. V. Gesagte (vrgl. *l.* 69 eod.) gilt. — Diejenigen, welche den unredlichen Besitzer, der vor dem Prozeßanfange **culpa desiit possidere**, nicht zu den **ficti possessores** rechnen, theilen sich in verschiedene Ansichten. Bei Vielen ist es nur eine Wortverschiedenheit d. h. sie geben doch zu, daß auf die angegebene Weise gegen ihn **quasi possideret** die Klage angestellt und durchgeführt werden könne s. z. B. Malblanc Princ. § 406 bei Not. n vrgl. mit § 402. Anvre behaupten, der unredliche Besitzer hafte vor der **controversia mota** gar nicht für Culpa, ausser er hätte sich durch ein Delict in den Besitz der Sache gesetzt gehabt z. B. durch Diebstahl oder Gewalt z. B. v. Madai Lehre v. d. Mora S. 187. Allein dieser Ansicht stehen die im Anfange dieser Note angeff. Stellen entgegen, und ausserdem wird sie noch ganz besonders widerlegt durch *l.* 25 § 5 de H. P. (eine Stelle, welche Madai gar nicht berücksichtigte) vrgl. mit *l.* 25 § 2 eod. — Bangerow Pand. § 332 Anm. 3 S. 578 behauptet, die Klage, welche gegen den Besitzer als Solchen gehe, könne zwar hier nicht angestellt werden z. B. die rei vind., aber der m. f. possessor könne wegen Culpa „mit einer entsprechenden persönlichen Klage namentlich der **act. legis Aquiliae** belangt werden." Allein das Gegentheil sagen die angeff. Stellen, und was die **actio ex l. Aq.** betrifft: so ist diese allerdings hier auch zulässig, aber nur bei positiven fahrlässigen Handlungen, nicht aber gerade in den hierher gehörigen Hauptfällen, wenn der Besitzer (sofern er sich nicht

kommen der Sache aber gilt Dieses nicht; für diesen haftet vom Besitzanfange an nur ein solcher unredlicher Besitzer, welcher sich durch ein Delict in den Besitz der Sache setzte (unten S. 132 ff.).

4. Einleitung des Prozesses. Von dieser d. h. von der Mittheilung der Klage an (S. 106 f.), haftet der redliche Besitzer für Dolus und Culpa in Beziehung auf die Sache, so daß wenn er sich von da an des Besitzes der Sache absichtlich entäußert oder er ihn durch Fahrlässigkeit verliehrt, gegen ihn der Prozeß gerade so, als ob er die Sache noch besitzen würde, fortgeführt werden kann, und er, wenn der Kläger sein Recht beweist, in den (bei Dolus durch den Schätzungseid des Klägers, bei Culpa durch den Richter zu bestimmenden) Werth der Sache zu verurtheilen ist d. h. es gilt in dieser Hinsicht gegen ihn ganz, was gegen den unredlichen Besitzer vor dem Prozesse gilt[91]. Geht dagegen die Sache durch Zufall zu Grunde oder sonst aus seinem Besitze verlohren: so haftet er hiefür nicht; er ist in einem solchen Falle zu absolviren (Not. 77).

Welche Wirkung hat aber diese Einleitung des Prozesses auf den unredlichen Besitzer? Ueber diese Frage in Verbindung mit der Frage über das Haften des unredlichen Besitzers vor dem Prozesse werden besonders zwei Ansichten vertheidigt, von denen keine sich rechtfertigen lassen dürfte. Viele nehmen an,

---

durch ein Delict in den Besitz der Sache gesetzt hatte) durch Unachtsamkeit die Sache untergehen oder sich abhanden kommen ließ. — Dagegen gehen Andre gar zu weit, indem sie jeden unredlichen Besitzer sogar für den Zufall haften lassen wollen. Darüber s. nach Not. 81.

91) S. 107 Not. 44, S. 108 Not. 48. Gewöhnlich spricht man hier nicht von einer s. g. ficta possessio. Allein es ist in solchen Fällen so gut wie in den unter Nr. 1—3 angeff. der Begriff einer ficta possessio anzuwenden. Wie nämlich bei den betreffenden Klagen an sich der Besitz des Beklagten die Bedingung ihrer Einleitung ist, so ist er auch die Bedingung ihrer Fortführung (S. 127); nennt man nun Denjenigen, gegen welchen aus besonderen Ursachen obwohl er nicht Besitzer ist die Klage doch eingeleitet und fortgeführt werden kann, einen fictus possessor: so muß man auch Denjenigen, gegen welchen die eingeleitete Klage aus besonderen Ursachen, obwohl er nicht mehr Besitzer ist, doch fortgeführt werden kann, ebenso einen fictus possessor nennen, weil auch hier gegen ihn die Klage fortgeführt und er verurtheilt werden kann, als ob er noch besäße.

der unredliche Besitzer sey vom Augenblicke seines unredlichen Besitzes an im Verzuge; deßhalb hafte er von da an nicht blos für Culpa, sondern auch wie andere Moroſe für zufälliges Untergehen oder Abhandenkommen der Sache[92]. Allein davon, daß jeder unredliche Besitzer sofort im Verzuge sey und vom Anfange seines unredlichen Besitzes an für den Zufall hafte, sagen die Quellen durchaus nichts; sie sagen es nur von Demjenigen, welcher sich eigenmächtig durch ein Delict (Diebstahl, Gewalt) in den Besitz der Sache gesetzt und durch eben dieses Delict eine besondere Obligation gegen den Berechtigten contrahirt hatte, und hier ist es dann natürlich, daß er vom Augenblicke seiner eigenmächtigen Ergreifung der Sache an in einer mora (ex re) ist. Deßhalb erklärt sich namentlich mit Recht auch v. Madai (Mora S. 179 f.) gegen jene Ansicht; allein er geht von der anderen Seite zu weit (s. Not. 90), indem er (a. a. O. u. S. 299 f.) behauptet, vor erhobenem Prozesse hafte der m. f. possessor nicht einmal für Culpa und nach erhobenem Prozesse werden nicht die Grundsätze der Mora auf ihn angewendet. Das Richtige dürfte wohl dahin gehen. Unredliche Besitzer (wenn sie nicht durch ein Delict sich in den Besitz der Sache setzten) kommen nicht schon von selbst in Verzug durch das bloße Bewußtseyn ihres unberechtigten Besitzes; denn die Mora mit ihren Folgen bezieht sich eigentlich nur auf wahre Obligationen. Dagegen a. erzeugt für sie das Bewußtseyn der Unrechtlichkeit ihres Besitzes dieselbe Verpflichtung, welche für den redlichen Besitzer durch die Prozeßeinleitung (früher Lit. Cont., später Ladung) erzeugt wird. Sie wissen, daß sie eine Sache in Händen haben, die ihnen nicht gehört; diese Sache müssen sie daher auch als eine fremde behandeln, und zwar so lange sie sie haben, mit der Sorgfalt, die Jeder verlangen kann, in dessen Angelegenheit man sich einmischt. Deßhalb haften sie vom Anfange ihres unredlichen Besitzes an für Dolus und Culpa namentlich für Diligentia, müssen also bei culposem Ab-

92) Dieser Ansicht sind z. B. Noodt Comm. ad Dig. VI. 1 p. 195 Glück Band. VIII S. 243 und die dort Not. 100 Angeff. Mühlenbruch Band. § 275.

handenkommen der Sache dafür einstehen [93]. b. Mit dem Streitanfange aber werden auf den unredlichen Besitzer [93a] die Grundsätze des Verzugs angewendet. Von da an haftet daher der unredliche Besitzer auch für den zufälligen Untergang der Sache in der Weise, wie jeder Mucose dafür haftet [94]. Daraus erklärt sich auch, daß der unredliche Besitzer von diesem Zeitpunkte an für die fructus percipiendi haftet, welche der Kläger gezogen haben würde [95]. Als Streitanfang gilt hier nach gemeinem

93) Den Beweis s. in Not. 90.

93 a) Auf den redlichen Besitzer wurden die Verzugsgrundsätze nur in einem bei uns unpraktischen Falle angewendet, nähmlich wenn er nach dem vorläufigen arbitratus judicis restituiren sollte, aber nicht restituirte (vrgl. auch *l.* 15, 17 Not. 94 cit. und Wetzell Vindicationsprozeß S. 178). Sonst aber wurden auf ihn in keinem Falle die Verzugsgrundsätze angewendet; denn hier lag kein Grund vor, ausnahmsweise die Verzugsgrundsätze auf solche Verhältnisse zu erstrecken. Dagegen trafen ihn allerdings von dem Streitanfange an besondere Verpflichtungen, nur nicht die Wirkungen des Verzugs (oben S. 106 f.).

94) D. de H. P. *l.* 40 pr. de R. V. *l.* 15 § 3 *l.* 17 § 1. ad exhib. *l.* 12 § 4 IV, 2 quod. met. caus. *l.* 14 § 11. Ich gehe hier davon aus, daß jeder Mucose für den Zufall ausnahmsweise dann nicht haftet, wenn er beweisen kann, daß die Sache von demselben Zufalle auch beim Kläger, im Falle rechtzeitiger Leistung betroffen worden wäre. Anderer Meinung ist in dieser Hinsicht mit Manchen namentlich v. Madai a. a. O. S. 284 f. Allein ich glaube hier lediglich auf v. Wangerow Pandect. Bd. III § 588 Anm. 3 verweisen zu können (welcher aber noch in B. I § 538 S. 384, eine Stelle worauf sich z. B. noch Sintenis Civilr. § 52 Not. 40 mit Unrecht beruft, Madais Ansicht theilte, weßhalb diese Stelle nach dem von ihm im § 588 Ausgef. zu berichtigen ist).

95) Solche unredliche Besitzer, welche durch ein Delict den Besitz erwerben, haften dafür schon vom Anfange ihres Besitzes an Vrgl. C. VIII, 4 unde vi cst. 4 D. VI. 1 de R. V. *l.* 62 § 1. Gvrtt. H. I S. 68 f. Andere unredliche Besitzer aber haften vor dem Streitanfange blos für die vernachlässigten Früchte d. h. für die, welche sie nach ihren Verhältnissen hätten ziehen können. Hiernach ist Das näher zu bestimmen, was H. I S. 68 f. und namentlich Daf. S. 70 Not. 3 gesagt ist. Der redliche Besitzer nähmlich haftet vom Streitanfange an gerade für Das, wofür ein unredlicher Besitzer (der nicht durch ein Delict die Sache in seine Hände brachte) vom Anfange seines Besitzes an haftet d. h. für Dolus und Culpa, also auch für vernachlässigte Früchte; der unredliche Besitzer aber haftet vom Streitanfange an noch für mehr, auch für den Zufall und für solche nicht gezogene Früchte, die der Kläger gezogen haben würde (H. I S. 68), und die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen unredlichen Besitzer, der durch ein Delict sich in den Besitz der Sache setzte, schon vom Anfange seines Besitzes an.

Recht aus den S. 108 f. ausgeführten Gründen wohl die Insinuation der Klage; nach Württ. Recht ist dieß aber wegen der Bestimmung des L. R. II, 1 § 12 zweifelhaft, und es wird nach demselben richtiger seyn, jene erhöhten Verpflichtungen des unredlichen Besitzers erst mit der Kriegsbefestigung eintreten zu lassen (S. 120).

B. Von der S. 127. unter A. angeführten Regel gibt es einige Ausnahmen, bei welchen der Stand der Sache, wie er zur Zeit der Litis Contestation ist, entscheidet. Dieß ist der Fall

1. bei Noxalklagen. Bei diesen haftet der jeweilige Eigenthümer d. h. welcher es zur Zeit der Lit. Cont. ist, für vollen Schadensersatz, dessen Zahlung er aber durch Abtretung des Thiers, das den Schaden verursacht hatte, oder der wegen desselben ihm zukommenden Klagen entgehen kann; verliehrt er aber nach der Lit. Cont. sein Eigenthum: so bleibt er, obwohl dieses Eigenthum die factische Bedingung der Stanhaftigkeit der Klage gegen ihn war, doch verhaftet [96], wohl weil hier die Klage nicht direct auf Herausgabe der Sache, deren Eigenthümer er war, sondern auf den Ersatz des Schadens geht.

2. Findet gegen Jemanden eine Klage nur deßhalb und in soweit statt, weil und in wie weit er durch ein gewisses Ereigniß bereichert ist: so entscheidet in der Regel über die letztere Frage der Zustand, wie er zur Zeit der Litis Contestation ist [97].

---

96) D. IX, 1 si quadrup. *l.* 1 § 12, 13, 16. IX, 4 de nox. act. *l.* 37 *l.* 38 pr. § 1 *l.* 39 pr.

97) D. III, 5 de neg. gest. *l.* 37 pr. § 1 IV, 2 quod met. c. *l.* 20 IV, 4 de minor. *l.* 34 pr. XLVI, 3 de sol. *l.* 47 XXIV, 1 de don. int. vir. *l.* 7 pr. § 3. Eine Ausnahme von dieser Regel s. in D. V, 3 de H. P. *l.* 36 § 4.

Vierzehnte Erörterung.

Zur Lehre von der Rechtskraft des richterlichen Urtheils.

Ueber die Wirkungen eines ungerecht freisprechenden Urtheils.

Schon das Röm. Recht geht bei der Rechtskraft des Urtheils von der sehr natürlichen und nothwendigen Regel aus, daß ein Urtheil, wenn es einmal die Rechtskraft beschritten hat, unbedingt zwischen den Parthieen Recht bilden müsse ohne Rücksicht auf die Gerechtigkeit seines Inhalts, daß es unbedingt pro veritate gelte. Würde man von diesem Grundsatze nicht ausgehen, würde man von ihm die Ausnahme machen, daß ein materiell ungerechtes Urtheil eine solche Wirkung nicht habe, daß somit die Rechtskraft nur dem materiell gerechten Urtheile zukomme: so wäre überhaupt die Rechtskraft eines Urtheils in den meisten Beziehungen bedeutungslos, weil dann jedes Urtheil immer wieder einer neuen gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung unterworfen werden könnte, um die Frage festzustellen, ob das angeblich rechtskräftige Urtheil wirklich auch materiell gerecht sey, eine Frage, die aber dann bei einer solchen Ausnahme eigentlich nie bleibend festgestellt werden könnte. Deßhalb erklärt sich das Röm. Recht gegen eine solche Ausnahme aufs Entschiedenste. So sagt z. B. die *l.* 25 D. I, 5 de stat. hom.: Derjenige, welcher in einem Prozesse rechtskräftig für freigeboren erklärt werde,

müsse durchaus als freigebohren behandelt werden, wenn er auch in der That nicht freigebohren war, eben weil das Urtheil formelle Wahrheit bilde; ebenso sagt die *l.* 24 **D. XLIV, 2 de re jud.**: wenn der wahre Eigenthümer gegen den Besitzer seiner Sache mit einer Vindication auftrete, aber durch ein ungerechtes Urtheil abgewiesen werde und später zufällig in den Besitz der Sache komme: so könne der frühere Besitzer unter Berufung auf das rechtskräftig gesprochene Urtheil sie ihm wieder abfordern. Es gibt also die Stelle (ebenso in einem anderen Falle die *l.* 65 § 2 **ad S.C. Treb.**) zu, daß ein in Wahrheit Unberechtigter gegen den wirklich Berechtigten unbedingt zu schützen sey und er das Recht des wirklich Berechtigten unbedingt breche, sobald er ein rechtskräftiges Urtheil für sich habe, daß also durch das rechtskräftige Urtheil, welches materiell ungerecht ist, das begründete Recht völlig aufgehoben werde oder vielmehr man sein Resultat unbedingt als richtig annehmen müsse, weil sonst ein Ende des Streites gar nicht abzusehen wäre. Ebenso ist auch bei Obligationsverhältnissen nach Röm. Rechte kein Zweifel, daß, wenn der Beklagte ungerecht verurtheilt, wenn also ein Nichtschuldner durch rechtskräftiges Urtheil als Schuldner behandelt wurde, auch hier unbedingt das rechtskräftige Urtheil seine Wirkung äußert und der Verurtheilte als wahrer Schuldner von nun an zu behandeln ist (vrgl. auch **XVII, 1 mand.** *l.* 29 § 5).

Bei diesen Grundsätzen müßte es in der That sehr auffallend seyn, wenn bei Obligationen, welche Gegenstand eines Prozesses wurden, das Röm. Recht für eine ganze Klasse von Fällen das Gegentheil annehmen würde. Gerade aber das Letztere, daß das Röm. Recht eine solche allgemeine Ausnahme festsetze, wird von vielen Schriftstellern behauptet [1], und die Meisten haben auch kein Bedenken, was sie so im Röm. Recht als begründet zu finden glauben, auch auf das heutige Recht anzuwenden.

---

1) In der älteren Zeit war wohl die Mehrzahl für diese Ansicht, in der neueren Zeit ist sie sehr bestritten worden und unter den Deutschen Juristen unsres Jahrhunderts werden wohl die Gegner der Zahl nach sich so ziemlich die Wage halten; s. besonders die Nachweisungen von Fein im Arch. f. civilist. Prax. Bd. **XXVI** S. 161—165.

Es wird nämlich behauptet, ein wirklicher Schuldner, welcher mit Unrecht freigesprochen worden sey, gelte doch immer noch fort als Schuldner und sey rechtlich als solcher zu behandeln; das freisprechende Urtheil habe hier also nicht die Bedeutung, daß es unbedingt als Wahrheit gelte, daß also die Schuld als nicht existirend angenommen werden müsse; vielmehr müsse sie im Gegensatze zum rechtskräftigen Urtheile immer noch als existirend behandelt werden; nur verliehre die Schuld ihre Klagbarkeit; aber in der Form der Einreden könne der Gläubiger immer noch sein Recht, als ob es ihm nicht abgesprochen wäre, geltend machen; der Schuldner bleibe **naturaliter obligatus.**

Wenn auch Manche unsrer Praktiker, wie z. B. Lauterbach, Schilter und Andere, in ihren Werken dieser Ansicht beipflichten: so möchte doch sehr zu bezweifeln seyn, ob je die Deutsche Praxis einen solchen Grundsatz anerkannt habe; wenigstens müßten, wenn dieß der Fall wäre, häufig neue Prozeßverhandlungen über eine anerkannt rechtskräftig abgemachte Sache mit Verwerfung des Einwandes des rechtskräftigen Urtheils durchgeführt worden seyn (denn bei jenem Grundsatze würde, wie unten nachgewiesen werden wird, es möglich und zulässig seyn, bei allen Verhältnissen, in welchen überhaupt eine Naturalobligation an sich möglich ist, das rechtskräftige Urtheil als nicht ergangen zu behandeln), während aus dem wirklichen Leben solche Beispiele schwerlich sich werden nachweisen lassen.

Nicht zu läugnen ist es, daß manche Stellen des Röm. Rechts für die Bejahung der Frage, ob ein rechtskräftig freigesprochener Schuldner trotz der Freisprechung naturaliter obligirt bleibe, zu sprechen scheinen, daß überhaupt die Sache nach Röm. Recht bis auf einen gewissen Grad eine zweifelhafte ist [2]. Auch dürfte die Art und Weise, wie neuerlich von der Pfordten [3],

---

2) Man vrgl. vorzüglich die tüchtige Abhandlung, von Ed. Fein „Der mit Unrecht freigesprochene Schuldner bleibt trotz der Freisprechung naturaliter obligirt“ (im Arch. f. civilist. Prax. Bd. XXVI S. 161—200 und S. 359—400), in welcher mit Gründlichkeit und Scharfsinn Alles entwickelt ist, was nach Röm. Recht für die Bejahung der Frage sprechen kann.

3) In der oben S. 30 Not. 33 a angef. Abhandlung. Eine gründliche Beur-

den Zweifel zu heben und wenigstens für das neueste Justinianische Recht das Resultat, daß im genannten Falle der Schuldner nicht naturaliter obligirt bleibe, also auch in diesem Falle das rechtskräftige Urtheil vollkommen wirke, zu erhalten suchte, so scharfsinnig auch seine Ausführung ist, doch nicht zu billigen seyn. Er glaubt nämlich, nach älterem Röm. Rechte sey in den Fällen, in welchen die directe prozeßualische Consumtion eintrat (oben S. 3), nur der civilrechtliche Bestandtheil der eingeklagten Forderung, das Moment ihrer Klagbarkeit consumirt, ihr naturaler Bestandtheil aber durch die Consumtion gar nicht ergriffen worden, so daß durch eine ungerechte Freisprechung des Schuldners der naturale Theil seiner Schuld ebenfalls nicht berührt worden, er also fortan natraliter obligatus geblieben sey; gerade das Gegentheil aber habe stattgefunden in den Fällen indirecten Consumtion (oben S. 5); diese habe auf die Forderung nach allen ihren Bestandtheilen eingewirkt, so daß, wenn ein freisprechendes Urtheil erfolgte, die exceptio rei judicatae gegen die Forderung nach allen ihren Bestandtheilen dem Schuldner zugekommen, also auch die naturalis obligatio desselben dadurch vernichtet worden sey. Bei diesen Prämissen bezieht er sodann die Stellen der Pandecten, welche von einer Fortdauer der naturalis obligatio trotz des freisprechenden Urtheils zu sprechen scheinen, wie die *l.* 60 de condict. indeb., auf Fälle der directen Consumtion, die Stellen dagegen, welche beim ungerecht freisprechenden Urtheile von einer völligen Nichtexistenz der Forderung auch ihren naturalen Bestandtheilen nach ausgehen, wie die *l.* 13 D. XX. 6. quib. mod. pign. solv., auf Fälle der indirecten Consumtion. Da nun der Gegensatz der judicia legitima und imperio continentia und der formulae in jus und in factum conceptae, auf welche sich der Gegensatz der directen und indirecten Consumtion bezog, im späteren Röm. Rechte verschwand und die indirecte Wirkung der Litiscontestation und des Urtheils in demselben allein übrig blieb (oben S. 35): so kommt er dann auf das Resultat, daß im Justinianischen

---

theilung der verschiedenen Ansichten der früheren Schriftsteller geben Pfordten und Fein.

und heutigen Röm. Rechte auch nach ungerechter Freisprechung nie mehr eine obligatio naturalis übrig bleibe, indem die das Gegentheil besagenden Stellen blos auf die nicht mehr geltende directe prozessualische Consumtion sich beziehen sollen. — Allein gegen diese Ausführung läßt sich jedenfalls, von Anderem abgesehen, einwenden, einmal daß die Prämisse, von der sie ausgeht, die Voraussetzung, die directe Prozeßconsumtion habe den naturalen Bestandtheil der Obligation nicht ergriffen, die indirecte dagegen habe ihn stets ergriffen, nicht begründet wurde und sich gar nicht wird begründen lassen (oben S. 28, 30), anderntheils daß die Stellen, welche blos auf die eine Art, und die Stellen, welche blos auf die andere Art der Prozeßconsumtion bezogen werden, wie *l.* 60 und *l.* 13 cit., ganz allgemein sprechen und daher ihre Beschränkung auf den einen oder auf den anderen Fall nicht zulässig ist [4].

Wäre es allgemeiner Röm. Grundsatz gewesen, daß bei Klagen aus Obligationen blos das klagbare Moment, nicht aber auch der naturale Bestandtheil des Rechtsverhältnisses in judicium deducirt werde: so würde es sich allerdings ganz natürlich erklären und als nothwendig herausstellen, daß durch ein freisprechendes Urtheil der Beklagte blos von der Klage, nicht aber auch von den Verpflichtungen befreit werde, die ihm der naturale Bestandtheil des Rechtsverhältnisses auferlegt, daß also seine obligatio naturalis immer noch fortbestehe [5], obgleich man hätte denken sollen, daß das praktische Bedürfniß einen solchen Grundsatz nicht lange hätte bestehen lassen können. Allein auch hier läßt sich die Prämisse, daß überhaupt bei Klagen aus Obligationen der naturale Bestandtheil des Rechtsverhältnisses gar nicht in judicium deducirt worden sey, nicht beweisen, vielmehr stehen ihr entschiedene Bedenken entgegen (oben S. 27 f.). Besonders aber läßt sich Dieselbe und überhaupt der Grundsatz, daß trotz eines freisprechenden Urtheils der Schuldner

---

4) Vrgl. auch Fein a. a. O. S. 378 f.

5) Denn man kann nicht mit Vangerow Pandect. I § 173 S. 203 annehmen, daß die negative Wirkung der res judicata allgemein weiter gehe, als die der Litis Contestation. S. oben S. 30, 31.

noch naturaliter obligirt bleibe, gar nicht vereinigen mit *l.* 13 quib. mod. pign. solv. Es ist nämlich ein anerkannter Grundsatz des Röm. Rechts, daß auch für eine Naturalschuld ein Pfand gültig bestellt werden und gültig bestehen kann und daß, wenn bei einer klagbaren Obligation das Recht zur Klage wegfällt, die Obligation aber als naturalis noch bestehen bleibt, auch das Pfand gültig bleibt. Nun sagt aber die *l.* 13 cit.: „Si deferente creditore juravit debitor, se dare „non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, „atque si judicio absolutus esset; nam et si a judice, „quamvis per injuriam, absolutus sit debitor, „tamen pignus liberatur.“ Sie sagt also mit dürren Worten, was von der Befreiung durch den Eid gilt, gilt auch ganz von der Befreiung durch ein, wenn auch ungerechtes, rechtskräftiges Urtheil; wird der wahre Schuldner vom Richter mit Unrecht freigesprochen: so gehen auch die für die Schuld bestellten Pfandrechte zu Grunde, die verpfändete Sache wird vom Pfandnexus frei. Würde ein solcher Schuldner naturaliter obligirt bleiben: so müßten auch die Pfandrechte noch fortbestehen. Die Stelle sagt also entschieden, daß beim ungerecht freisprechenden Urtheile auch nicht einmal eine naturalis obligatio des Schuldners mehr als bestehend angenommen werden könne. Diese Stelle spricht so entschieden und so bestimmt, daß bei ihr das Gegentheil in der That gar nicht angenommen werden kann, und wenn auch andere Stellen das Gegentheil sagen würden: so hätten wir blos einen unauflöslichen Widerspruch in den Röm. Rechtsbüchern über diese Frage.

Zwar wollen auch die beiden neuesten Vertheidiger des Grundsatzes, daß ein mit Unrecht freigesprochener Schuldner naturaliter obligirt bleibe (v. Savigny und Fein), diese Stelle nicht als Beweisgrund gegen ihre Ansicht gelten lassen. Allein was sie dagegen anführen, ist in der That nicht haltbar. Savigny nämlich (System Bd. V S. 387, 388), indem er natürlich zugibt, daß bei der Fortdauer einer Naturalschuld auch die Pfandrechte fortdauern, erklärt die *l.* 13 cit. so: „Durch die „Freisprechung von der Schuldklage erwirbt der Schuldner un„streitig auch gegen die Hypothekarklage die exc. rei judicatae,

„da zur Begründung dieser Klage unter andern auch das Da„seyn der Schuld behauptet und bewiesen werden muß. (cst. 10 „C. de pign. act. IV, 24 cst. 1 C. si pign. conv. VIII, 33). „Allein wenn nun die verpfändete Sache an einen dritten Be„sitzer kommt, der nicht von dem Schuldner geerbt oder ge„kauft hat, so hat dieser keinen Anspruch auf die exc. rei judi„catae, und nun wirkt das Pfandrecht unbeschränkt fort; Das „ist durch den Ausdruck der zuletzt angeführten Stelle auf keine „Weise ausgeschlossen. Die in dieser letzten Stelle angestellte „Vergleichung mit dem Eid darf also nur nicht zu unbedingt „durchgeführt werden, sie ist nur wahr für das Verhältniß zwi„schen Gläubiger und Schuldner." Gegen diese Erklärung läßt sich schon einwenden, daß man dem „pignus liberatur", welches in jener Stelle in ein paar Linien zweimal ohne nähere Beschränkung vorkommt, doch unmöglich einen anderen Sinn in der einen Linie, einen andern in der folgenden Linie beilegen, man es nicht das eine mal in einer ausgedehnteren, das andere mal in einer beschränkteren Beziehung nehmen kann. Aber auch hiervon abgesehen, so gibt ja Savigny geradezu zu, daß auch durch ein ungerecht freisprechendes Urtheil das Daseyn der Schuld ganz vernichtet und dadurch auch das Pfand gegen den Schuldner ganz unwirksam werde. Bei diesem Zugeben aber kann von dem Bestehen einer naturalis obligatio unmöglich mehr die Rede seyn; denn würde diese noch fortbestehen: so würde der Pfandklage der Einwand der Nichtexistenz der Schuld und somit auch der Nichtexistenz des Pfandrechts nicht entgegengesetzt werden können und durch das Urtheil die verpfändete Sache nicht frei werden, da ja bei einem Fortbestehen einer naturalis obligatio auch das Pfandrecht fortbesteht. [6]. Auch möchte es (was übrigens für die vorliegende Frage nicht eigentlich von Einfluß ist) mehr als die Frage seyn, ob ein Gläubiger eine Sache, die ihm verpfändet wurde, gegen den dritten Besitzer noch mit der Pfandklage verfolgen kann, wenn der Pfandschuldner bereits (wie dieß Savigny im vorliegenden Falle zugibt) von seiner Schuld liberirt, also gar nichts

6) S. auch Fein a. a. O. S. 197, 198.

mehr schuldig und gegen ihn die Pfandklage wegen Nichtexistenz der Schuld unzulässig ist. Denn existirt die Schuld gar nicht mehr: so kann auch gegen den dritten Besitzer ein Pfand, das eben damit zu existiren aufgehört hat, nicht geltend gemacht werden (D. XLVI, 3 de solut *l.* 45). Eben so wenig aber läßt sich rechtfertigen, was Fein a. a. O. S. 200 gegen die *l.* 13 cit. einwendet. Er versteht sie von dem Falle, wenn der Eid und das Urtheil blos den Streit über den Hypothekaranspruch zum Gegenstande hatte, nicht die Freisprechung von der persönlichen Klage aus der Schuld, für welche die Hypothek bestellt wurde [7]. Allein davon sagt die *l.* 13 nichts; sie sagt vielmehr geradezu das Gegentheil. Denn abgesehen davon, daß diese Auslegung schon mit der ganzen Fassung der Stelle, namentlich mit der letzten Linie derselben, sich gar nicht vereinigen läßt: so bezeichnet sie ja als Gegenstand des Eides und des Urtheils ganz bestimmt blos die Frage über das dare oportere oder non oportere, also die persönliche Schuld und keineswegs die Frage über die Existenz des Pfandrechts; aus dem Urtheile, welches die Nichtexistenz der persönlichen Schuld ausspricht, folgert sie nur als nothwendige Consequenz die Befreiung der Pfänder.

So können wir nach dieser *l.* 13 unmöglich annehmen, daß das Röm. Recht allgemein von dem Grundsatze ausgehe, ein ungerecht freisprechendes Urtheil befreie den Schuldner doch nicht von seiner Schuld, er bleibe noch naturaliter obligirt. Auch wäre wohl, wie v. d. Pfordten richtig bemerkt, die ganze

---

7) Fein glaubt, man müsse Dieß schon deßhalb annehmen, weil sonst die Stelle anderen Stellen, namentlich der *l.* 27 de pignorib. widersprechen würde. Allein einestheils wäre es eine ganz unzulässige Art, Gesetze dadurch zu vereinigen, daß man das eine Gesetz von einem Falle versteht, von welchem es doch in der That gar nicht spricht; anderntheils widerspricht die *l.* 27 cit. der *l.* 13 nicht, indem die *l.* 27 blos vom causa cadere handelt, bei welchem bis auf einen gewissen Grad die alte Obligation wirksam blieb, und die Pfandrechte bestehen blieben (oben S. 31—34). Unbegründbar ist, was Fein S. 194, 195 dagegen einwendet. Denn der Grund, aus welchem der Juder absolvirte, war allerdings für die Ausdehnung der Wirksamkeit der res judicata anerkannt sehr von Bedeutung, wie schon z. B. *l.* 17 exc. rei jud. beweist.

Streitfrage schwerlich entstanden, wenn nicht zwei Stellen Zweifel erregt hätten, die *l.* 28 und *l.* 60 D. XII, 6 de condict. indeb.

Die erstere Stelle macht aber wohl keine Schwierigkeit. Sie spricht von dem Falle, wenn der wahre Schuldner nach erfolgter Freisprechung dennoch seine Schuld bezahlte. Bleibt ein Schuldner trotz der Freisprechung naturaliter obligatus: so kann er das Gezahlte in keinem Falle zurückfordern, mag er auch bei der Zahlung im Irrthum über die Freisprechung sich befunden haben. Ist aber in Folge der Freisprechung die ganze Obligation als nichtexistirend zu behandeln: so kann er zurückfordern, wenn er im Irrthum zahlte, nicht zurückfordern, wenn er sciens se tutum exceptione solvit (*l.* 26 § 3 de condict. indeb.). Nun sagt die *l.* 28 cit.: „Judex si male absolvit, et absolutus „sua sponte solverit, repetere non potest." Die Stelle spricht also dem freigesprochenen Schuldner, welcher nach der Freisprechung zahlte, das Zurückforderungsrecht keineswegs unbedingt ab; sie spricht es ihm nur ab, wenn er sua sponte zahlte. Dieß kann doch wohl nur heißen, wenn er ungeachtet des freisprechenden Urtheils, ungeachtet des Umstandes, daß er nicht gezwungen werden kann, zahlte, d. h. also, wenn er im Bewußtseyn seiner durch die Freisprechung deklarirten Nichtschuld zahlte, wenn er sciens se tutum exceptione solvit, so daß also die *l.* 28 nur in der Anwendung auf einen besonderen Fall Dasselbe sagt, was die *l.* 26 § 3 cit. im Allgemeinen ausspricht. Die *l.* 28 nimmt hiernach in ihrem Falle nicht das Fortbestehen einer obl. naturalis an, sondern eine völlige Aufhebung der Schuld, und spricht gerade den Satz aus, daß auch bei der Zahlung, welche ein freigesprochener wahrer Schuldner leistet, Dasselbe gelte, was überhaupt bei der Zahlung einer Nichtschuld gilt, d. h. Unzulässigkeit der Zurückforderung des Bezahlten, wenn man im Bewußtseyn der Nichtschuld zahlte [8].

---

8) Zwar wird von Anderen, namentlich von Fein a. a. O. S. 189 f., eingewendet, das sua sponte in der *l.* 28 bedeute nicht Zahlen im Bewußtseyn der Nichtschuld, sondern überhaupt eben freiwillige Zahlung, und dabei beruft sich Fein auch auf *l.* 88 § 5 XXXI de legat. II. Allein gerade in dieser Stelle läßt sich sua sponte auch ganz ungezwungen nehmen für ein Zahlen mit dem

Weit scheinbarer dagegen ist die *l.* 60 pr. cit. Hier sagt Paulus: „Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitorem manere [9]; similemque esse ei dicit, qui ita promisit: sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterutrius solutionis origo proficiscitur.

Zunächst sollte man denken, Julianus habe bei der Untersuchung der Frage, ob ein verklagter Schuldner, der während des Prozesses zahlte, das Gezahlte wieder zurückfordern können, die S. 25, 26 angeführte Controverse im Auge gehabt; denn Diese mußte hier eigentlich zur Sprache kommen. Die Schule der Röm. Juristen, welche davon ausging, daß gewisse judicia nicht absolutoria seyen (S. 25), mußte bei diesen judicia für den Fall, daß der Beklagte nach der Lit. Cont. den Gegenstand der eingeklagten Obligation zahlte, wohl so argumentiren: diesen Gegenstand war er in keinem Falle mehr schuldig, da seine ursprüngliche Obligation durch die Lit. Cont. consumirt ist, er kann ihn daher als indebitum jedenfalls zurückfordern; denn mag er absolvirt oder in die Litis Aestimatio condemnirt werden: so war er doch jedenfalls jenen Gegenstand zur Zeit der Zahlung nicht mehr schuldig (vrgl. Gajus IV, 114. III, 181). Julianus aber gehörte zu der Schule, welche annahm, alle judicia seyen absolutoria. Er mußte daher für alle judicia auf eine entgegengesetzte Entscheidung kommen, wenn die Frage von dem Gerichtspunkte aufgefaßt wurde, welche Wirkung eine während des Prozesses geschehene Zahlung habe. Nach der Ansicht

---

Bewußtseyn, daß man noch nicht zur Zahlung verbunden sey. Jedenfalls läßt sich das sua sponte in der *l.* 28 auf die im Texte angegebene Weise auslegen. Aber es wird auch so ausgelegt werden müssen, weil sonst das sua sponte ganz bedeutungslos wäre. Denn unmöglich konnte hier die Stelle blos den Gegensatz zu einer durch den Richter erzwungenen Zahlung ausdrücken wollen. Der allein denkbare Gegensatz ist ein Zahlen, bei dem der Zahlende sich zum Zahlen für verpflichtet hielt. Vrgl. auch noch Büchel Ueber die Verpfändung für nicht vollgültige Obligat. Marburg 1836 S. 114. v. d. Pfordten a. a. O. S. 133.

9) Eine andre Lesart z. B. die der Flor. hat. debitor permanet. Dann würden die Worte licet — permanet von Paulus beigesetzt seyn.

der Sabinianer mußte der Zahlende allerdings absolvirt werden, weil nach derselben, obgleich durch die Lit. Cont. die ursprüngliche Schuld consumirt war, doch ihr naturaler Bestandtheil noch in soweit wirksam seyn soll (natura debitor permanet), daß durch Zahlung der ursprünglichen Schuld die ganze im Streite befangene Obligation getilgt wird (oben S. 26, 27); aber natürlich behält es in einem solchen Falle, wenn er als verus debitor erkannt wird, bei der geschehenen Zahlung sein Bewenden. — Allein von diesem Gesichtspunkte aus faßt Julianus die Frage, wie es scheint, nicht auf. Er geht nicht davon aus, der Schuldner berufe sich auf die geschehene Zahlung als Moment der Tilgung seiner Schuld, sondern davon, der Schuldner greife *während des Prozesses* die geschehene Zahlung aus dem Grunde an, weil er doch möglicher Weise noch freigesprochen werden könnte, weil die Frage, ob er zu verurtheilen sey, noch schwebe [10]. Das Recht hierzu aber spricht ihm, falls er wirklich debitor sey (*verus debitor*), Julianus aus dem Grunde ab, weil, wie auch das richterliche Urtheil ausfallen möchte, möge er später verurtheilt oder freigesprochen werden [11], es bei der

---

10) Dieß bestätigt sich namentlich durch die Vergleichung mit dem sive navis etc. S. v. d. Pfordten a. a. O. S. 134 f. Fein a. a. O. S. 166.

11) Die Stelle sagt nicht, wie Fein S. 166, 169 annimmt, er könne nicht zurückfordern, „weil er auch eine *nach erfolgtem Urtheile geleistete* „*Zahlung*, möge er nun condemnirt oder absolvirt seyn, nicht zurückfordern „könne". Denn das quia — posset kann nur das unmittelbar vorangegangene Subject haben, also den verus debitor *manente adhuc judicio* solvens. Von einer *Zahlung nach* erfolgtem Urtheile spricht die Stelle gar nicht ausdrücklich. — Uebrigens liegen in der Stelle nach der Weise, wie Julianus den Fall und die Bedingungen seiner Entscheidung setzt, überhaupt manche Schwierigkeiten. Julianus setzt als Voraussetzung und Bedingung, daß der Zahlende verus debitor war; dann soll er während des Prozesses nicht zurückfordern können. Müßte nicht hiernach darüber, ob er *verus debitor* sey, sofort, also vor Beendigung des eingeleiteten Prozesses entschieden werden? Wenn Dieß nicht: so läßt sich Julians Voraussetzung, aus welcher er zunächst die Rückforderung *während des Prozesses* verneint, gar nicht constatiren. Oder wenn Jenes: soll dann die bei der condictio indebiti unter denselben Parthieen über dieselbe Frage (ob der Beklagte debitor sey) getroffene Ent-

geschehenen Zahlung verbleiben müßte, namentlich auch dann, wenn er freigesprochen würde, licet enim absolutus sit, natura tamen debitorem manere. Soll damit blos ausgedrückt seyn: die Möglichkeit einer Absolution könne dem wahren Schuldner nicht zu statten kommen, eben weil er, wenn er als verus debitor erkannt aber absolvirt wird, nur in Rücksicht auf die geschehene Zahlung, darauf daß durch sie (nach dem Grundsatze, alle judicia seyen absolutoria) die in judicium gebrachte Obligation noch tilgbar war, zu absolviren wäre? Oder soll damit ausgedrückt seyn: eine spätere auch ohne alle Rücksicht auf die geschehene Zahlung erfolgte Absolution wirkt nicht rückwärts auf eine Zahlung, die zu einer Zeit geschah, in welcher man das Gezahlte wirklich noch schuldig war [12]? Oder soll da-

---

scheidung nicht maaßgebend beim anderen Prozesse seyn? Oder ist überhaupt anzunehmen, daß in diesem die geschehene Zahlung, welche der Beklagte angreift, gar nicht zur Sprache kommt? Wenn sie aber hier zur Sprache kommt: muß nicht dann dieser Prozeß, mag der Zahlende verus debitor gewesen seyn oder nicht, ein Ende haben, da ja der Kläger Das, was er gezahlt erhalten hat, nicht weiter im Prozesse verfolgen kann? Denn darauf, daß der Zahlende die Zahlung nicht gelten lassen will, kann es bei dem gegen ihn auf diese Zahlung gerichtet gewesenen Prozesse nichts ankommen, sobald sie wirklich erfolgt ist; er muß sie dann eben mit einer besonderen Klage angreifen, aber jener Prozeß kann dann nicht mehr ein manens judicium seyn. Allerdings involvirt der Entscheidungsgrund Julians (quia etc.) auch noch die Entscheidung einer zweiten Frage, die, daß der verus debitor manente judicio solvens auch nach dem Urtheile nicht zurückfordern könne, und hier hat wenigstens der Fall an sich keine Schwierigkeit. Man kann ihn dann in doppelter Weise sich denken: die Zahlung kommt im Prozesse zur Sprache und der Beklagte wird blos aus dem Grunde, weil er gezahlt hat, absolvirt (hier kann er nachher nicht zurückfordern, wenn er wirklich debitor war, dagegen zurückfordern, wenn er nicht debitor war, eine Frage über welche noch gar nicht erkannt wurde). Oder sie kommt nicht zur Sprache und er wird als Schuldner verurtheilt oder weil er nichts schulde absolvirt; hier kann er im ersteren Falle nicht zurückfordern vrgl. auch D. XVII, 1 mand. l. 29 § 5; ob er im zweiten Falle wenn er doch wirklich Schuldner war, also mit Unrecht freigesprochen wurde, auch nicht zurückfordern kann, dieß hängt dann davon ab, ob man annimmt, daß wenn er wirklich Schuldner war, er trotz des freisprechenden Urtheils noch naturaliter obligatus blieb.

12) So nehmen es z. B. Donellus Comm. de jur. civ. XIV, 12 v. Van-

mit gesagt seyn: eine Absolution, wenn sie auch aus dem Grunde der (vom Richter mit Unrecht angenommen) Nichtexistenz der Schuld erfolgt, gilt nicht als vollständige Absolution, sobald der Beklagte wirklich das Eingeklagte schuldig war, vielmehr bleibt seine Schuld als unklagbare trotz des richterlichen Urtheils fortbestehen?

Auf die letztere Weise nehmen es die Vertheidiger der fortdauernden Naturalobligation, und allerdings sagen dieß die ausgehobenen Worte nach ihrer wörtlichen Auslegung.[18] Allein dann ist die Stelle in einem entschiedenen Widerspruche mit anderen unzweifelhaften Aussprüchen unsrer Quellen. Sie ist dann im Widerspruche mit der *l.* 13 quib. mod. pign. solv., welche, wie gezeigt wurde, ganz entschieden davon ausgeht, ein wenn gleich mit Unrecht völlig absolvirter Schuldner bleibe auch nicht einmal naturaliter obligatus; sie ist ferner im Widerspruche mit dem anerkannten Grundsatze, daß durch Freisprechung des Schuldners der Bürge befreit werde; denn würde der Schuldner naturaliter obligatus bleiben: so müßte auch der Bürge fortverhaftet bleiben (S. 29 in der Note); sie ist endlich in entschiedenem Widerspruche mit den Aussprüchen der Quellen über die exceptio (und also auch über die replica) rei judicatae.

Ich will mich in der letzteren Beziehung nicht einmal auf die oben angeführten Aussprüche über die Bedeutung der Rechtskraft eines Urtheils berufen, auch nicht auf die Stellen, welche hier von Anderen angeführt werden (z. B. *l.* 56 de re jud. *l.* 207 de R. J.) und deren Beweiskraft Fein a. a. O. S. 360 f. bestreitet. Es sind noch andere Stellen, mit welchen eine fort-

---

gerow Pand. I § 173 S. 203. Allein auch dieß würde im Verhältnisse zur Rechtskraft des Urtheils immer noch eine Anomalie seyn. Denn wenn er ohne Rücksicht auf die Zahlung aus dem Grunde, weil er überhaupt nichts schulde, absolvirt wurde: so ist ja rechtskräftig festgestellt, daß er nichts geschuldet habe, also daß er auch zur Zeit der Zahlung nicht Schuldner gewesen sey.

13) Die Annahme, daß die Worte natura debitorem manere sich blos auf eine rechtlich wirkungslose Gewissenspflicht beziehen (von welcher z. B. Büchel a. a. O. S. 116 und Vangerow a. a. O. ausgehen) ist gewiß unhaltbar. S. v. d. Pfordten S. 137 f. Fein S. 169 f.

dauernde Naturalobligation eines rechtskräftig völlig freigesprochenen Schuldners sich gar nicht vereinigen lassen dürfte. Die *l. 7 § 4* de except. rei jud. sagt: Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere judicii, und ebenso allgemein und unbedingt sagt *l. 3* eod.: exceptionem rei judicatae obstare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur (ebenso *l. 19* eod.). Dieser Grundsatz aber würde durchaus verletzt, wenn man im angegebenen Falle die Fortdauer einer Naturalobligation zugeben würde. Denn man müßte dann zugeben, daß die Frage, ob denn der Verurtheilte wirklich debitor war, also eine Frage, über welche bereits rechtskräftig entschieden worden ist, daß eadem quaestio inter easdem personas revocirt werden könne. Man nehme z. B. den Fall: A belangte den B wegen eines Darlehens, hat aber nach der Ansicht des Richters den nöthigen Beweis nicht erbracht und B wird freigesprochen; später belangt B den A wegen einer Beschädigung auf Ersatz, A bringt die Einrede der Compensation vor, weil ihm B aus jenem Darlehen ebenso viel Geld schuldig sey, B beruft sich aber in seiner Replik auf die res judicata, nach welcher das Darlehen gar nicht existirt habe, er also aus demselben gar nichts schulde. — Nach der Ansicht Derjenigen, welche beim verus debitor male absolutus eine Naturalobligation annehmen, müßte man so entscheiden: der A ist zum Beweise des Darlehens zuzulassen, weil der B, wenn er verus debitor war, trotz des freisprechenden Urtheils naturaliter obligatus blieb, also der A immer noch eine Forderung gegen ihn hat, die er zwar nicht klagend aber doch durch Einreden somit hier durch Compensation geltend machen kann. Kann er den Richter des B, sey es auch blos mit denselben Beweismitteln die er im früheren Prozesse gebrauchte, überzeugen, daß B Schuldner aus dem Darlehen war: so ist B mit seiner replica rei judicatae und somit mit seiner Klage abzuweisen!

Würde nicht ein solches Verfahren im entschiedensten Widerspruche mit den oben angef. Aussprüchen der Gesetze ste-

hen [14]? Gegenstand des ersten Prozesses war lediglich die Frage, ob B verus debitor ex mutuo sey. Diese wurde rechtskräftig verneint; die Einrede der Compensation im zweiten Prozesse wiederhohlt lediglich diese rechtskräftig verneinte Frage, und nun soll eadem quaestio inter easdem personas revocirt werden können? Kann nicht der B durch die res judicata unumstößlich beweisen, daß er nicht verus debitor war? Oder soll diese abgeurtheilte Frage einem neuen Urtheile unterworfen werden? Muß man hier nicht vielmehr mit Marcellus (*l.* 19 cit.) sagen: dem A replica rei jud. sine dubio obstabit; eandem enim quaestionem revocat in judicium?

Auch bei solchen Einreden, durch welche anerkannt der naturale Bestandtheil der Obligation zerstört wird, müßte man nach der Ansicht der Dissentienten ein Fortbestehen der Naturalobligation annehmen, sobald die Einrede zwar rechtskräftig aber mit Unrecht für begründet erkannt wurde. Wenn z. B. A den B auf Zahlung einer Darlehensschuld belangt, B aber sich auf einen Nachlaßvertrag beruft und freigesprochen wird, weil der Richter den Nachlaßvertrag für erwiesen und gültig annahm: so könnte A nach der Ansicht der Dissentienten doch jene aberkannte Darlehensforderung in einem späteren Prozesse zur Compensation bringen, wenn es ihm nur gelingen würde, den zweiten Richter zu überzeugen, der B sey doch verus debitor gewesen, also ihm z. B. zu beweisen, der Nachlaßvertrag sey nicht gültig gewesen oder gar nicht geschlossen worden und drgl.; er könnte also, obwohl rechtskräftig entschieden war, die ganze Schuld sey durch ein Pactum de non petendo völlig perimirt, immer noch diese Schuld verfolgen. Offenbar wäre hier ein Urtheil, welches die Compensation aus der aberkannten Forderung zulassen würde, im directesten Widerspruche mit den S. 148 und Not. 14 angeff. Stellen, wäre eine sententia contra res judicatas lata (also nich-

---

14) Ebenso mit *l.* 12, 13, 14 pr. de exc. rei jud. Die Erfordernisse einer exceptio oder replica rei jud., welche diese Stellen festsetzen (an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus et an eadem causa petendi et eadem conditio personarum) treffen hier alle durchaus zusammen.

tig cst. 1 quando prov. n. e. n.), weil eadem quaestio inter easdem personas einem neuen Urtheile unterworfen würde [15].

Nimmt man daher auch an, daß die *l.* 60 cit. von der Fortdauer einer Naturalobligation nach erfolgtem freisprechenden Urtheile ausgehe: so würde sie, wie ausgeführt wurde, mit anderen Stellen so sehr im Widerspruche stehen, daß das praktische Resultat für uns zu einer Verneinung einer solchen Naturalobligation führen müßte. Denn wir hätten nun die Frage blos nach den allgemeinen Grundsätzen über Rechtskraft des Urtheils zu entscheiden. Mit diesen aber — und zwar wie sie schon im Röm. Recht ausgesprochen werden — ist eine solche beschränkte Wirkung des Urtheils, bei welcher der rechtskräftig gänzlich absolvirte Schuldner doch in Wahrheit nicht für absolvirt gelten würde, unvereinbar, sie sprechen entschieden gegen den Fortbestand des naturalen Bestandtheils der rechtskräftig als nicht existirend erkannten Obligation.

Faßt man auch die Consequenzen schärfer ins Auge, auf welche der entgegengesetzte Grundsatz führen würde [15a]: so dürfte

---

15) Soll hier eingewendet werden, die Frage über die obligatio naturalis sey in den ersten Prozessen gar nicht in judicium deducta gewesen? Hierüber s. oben S. 27 f. Ueberhaupt wenn der Richter erkannte, es existire keine Schuld, weil sie gar nicht erwiesen sey, oder weil sie durch eine (auch die Naturalobligation zerstörende) Einrede perimirt sey oder weil ihre Tilgung z. B. durch Zahlung erwiesen sey: kann hier irgend angenommen werden, daß dieß blos als ein Erkenntniß über die Klagbarkeit der Forderung, nicht aber über ihren ganzen Bestand gelte? Hiernach wäre es ja für den Beklagten unmöglich gewesen, sich irgend vollständig durch ein Urtheil zu sichern. Hätte die res judicata bei Obligationen durchweg eine so beschränkte Wirkung gehabt, wodurch ihre ganze Bedeutung alterirt worden wäre: so müßte Dieß doch in den Titeln de exc. rei jud. in irgend einer Weise angedeutet seyn. Nirgends findet sich aber in denselben eine solche Andeutung.

15a) Von diesem Gesichtspunkte aus wird nun auch von Flach in der Gießn. Zeitschr. Bd. XIX S. 397—404 die Fortdauer einer Naturalschuld bestritten, und ich freute mich sehr, meine auf den praktischen Standpunkt gestützte Bedenken auch von einem tüchtigen und vielerfahrenen Praktiker bestätigt zu sehen (die Abhandlungen dieses ganzen Heftes hatte ich schon am Schlusse des Jahres 1844 geschrieben, gebe sie aber nun erst am Schlusse des Jahres 1845 mit einigen Nachträgen in den Druck). Namentlich wird auch von Flach meine

man sich um so mehr überzeugen, daß mit eigentlicher Rechtskraft eines Urtheils ein solches Bestehenbleiben einer Naturalobligation unvereinbar ist, und um so mehr bezweifeln, daß das Röm. Recht, namentlich das spätere kaiserliche Recht, eine solche Beschränkung der Rechtskraft irgend wollen konnte; läugnet man aber diese Consequenzen theilweise, wie es manche Vertheidiger des Fortbestandes der Naturalobligation thun: so geben sie dadurch in der That zu, daß doch eigentlich ihr Grundsatz nicht haltbar sey.

Dieser Grundsatz würde nämlich dahin führen, daß ein in höchster Instanz rechtskräftig gefälltes Urtheil sehr häufig durch ein unterrichterliches Urtheil wieder umgestoßen werden könnte, daß überhaupt die einen angeblichen Schuldner freisprechenden Urtheile der höchsten Instanz immer wieder der Cognition des Unterrichters unterstellt werden könnten, daß eigentlich durch ein rechtskräftiges Urtheil der Streit in Wahrheit gar nicht beendigt würde, indem der abgewiesene Kläger, sobald er in die Lage kommt, den Anspruch, mit dem er abgewiesen wurde, in der Form einer Einrede oder Replik geltend zu machen, dieß stets wieder thun, in manchen Fällen sogar auch in der Form einer Klage thun könnte, und dieß gleichviel, ob der Beklagte mit Recht oder mit Unrecht freigesprochen wurde; denn dieß müßte ja erst durch das neue Urtheil festgestellt werden; das frühere Urtheil würde in dieser Beziehung gar nichts gelten! Diese Consequenzen sind ganz unläugbar und ich will sie nur in einigen Beziehungen näher beweisen:

1. Wenn ein mit Unrecht rechtskräftig freigesprochener Schuldner noch naturaliter obligirt bliebe: so würde, wenn für die Schuld ein Pfand bestellt wäre, das rechtskräftige absolutorische Urtheil über die Schuld in der Regel so gut als gar nicht ge-

---

oben S. 137 geäußerte Voraussetzung bestätigt. Er sagt: „In einer 30jährigen Verwaltung des Richteramts in der ersten zweiten und höchsten Instanz ist mir kein Fall vorgekommen, wo auch nur der Versuch gemacht worden wäre, eine rechtskräftig abgewiesene Forderung von Neuem als Compensationseinrede geltend zu machen; auch erinnere ich mich nicht, je ältere Acten gesehen zu haben, worin dieses vorgekommen wäre."

geben, großentheils bedeutungslos seyn. Denn der Gläubiger könnte, da die Schuld als Naturalschuld fortdauern würde und bei der Existenz einer Naturalschuld die bestellten Pfandrechte gültig bleiben, sofort nun doch das Pfand angreifen und, wenn der Beklagte sich auf das rechtskräftige Urtheil berufen würde, nach welchem seine angebliche Schuld gar nicht existire, somit auch kein Pfandrecht bestehen könne, diesen Einwand durch die Erwiederung abweisen, daß der Beklagte mit Unrecht absolvirt worden und deßhalb noch naturaliter obligirt geblieben sey, somit nach D. XX, 1 de pignoribus *l.* 14 § 1 (Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit.) das Pfand noch fortbestehe. Nun müßte über die Frage, ob denn der Schuldner mit Recht oder mit Unrecht absolvirt worden sey, also über dieselbe Frage, welche schon rechtskräftig in höchster Instanz entschieden worden ist, von Neuem verhandelt und entschieden und, wenn das Gericht die Ueberzeugung erhalten würde, daß der Schuldner mit Unrecht absolvirt wurde somit seine Naturalobligation noch bestehe, er zur Herausgabe des Pfandes verurtheilt werden, so daß also durch das Gericht erster Instanz (bei welchem die hypothecaria actio anzubringen war) auf diese Weise das rechtskräftige Urtheil des höchsten Gerichts einer Beurtheilung unterworfen und im Wesentlichen umgestoßen werden könnte. Wollte man auch dagegen einwenden, daß ein für eine Naturalschuld bestehendes Pfand nicht klagbar verfolgt werden könne, daß hier die actio hypothecaria nicht stattfinde, wie dieß allerdings Manche behaupten (was aber entschieden unrichtig ist): so würde doch das Resultat ganz dasselbe seyn, sobald der Gläubiger das Pfand besitzt; er könnte sich nun wegen einer rechtskräftig aberkannten Schuld durch den Verkauf des Pfandes bezahlt machen oder, wenn der Schuldner unter Berufung auf das rechtskräftige Urtheil, weil dadurch auch die Sache vom Pfandnexus befreit worden sey, die Pfänder zurückfordern wollte, excipiendo auf die Naturalobligation sich berufen und dadurch die Entscheidung des Obergerichts auf die angegebene Weise zur untergerichtlichen Cognition und Entscheidung bringen.

2. Wenn Jemand, welcher auf Bezahlung einer Geldschuld belangt, in höchster Instanz rechtskräftig freigesprochen wurde, später gegen seinen früheren Gegner aus irgend einem Grunde eine Forderung auf eine Geldsumme erwirbt und gegen diesen nun auf Zahlung derselben klagt: so könnte, wenn man den Grundsatz zugibt, daß ein mit Unrecht Freigesprochener naturaliter obligirt bleibe, dieser Beklagte die Forderung, mit der er rechtskräftig abgewiesen wurde, excipiendo zur Compensation bringen (D. XVI, 2 de compens *l.* 6), und dann hätte das Gericht erster Instanz, bei welchem der Absolvirte seine Klage anbrachte, wieder zu erkennen, ob das Obergericht, welches rechtskräftig im ersten Prozesse erkannt hatte, Jenen mit Recht oder mit Unrecht absolvirt habe, und darnach die Compensation abzuschlagen oder zuzulassen, und darüber hätte es zu erkennen, mag nun Jener mit Recht oder mit Unrecht vom Obergerichte absolvirt worden seyn. Denn dieß ist ja die Frage, von der die Zulässigkeit der exceptio compensationis abhängt und die jetzt erst entschieden werden müßte, und so würde wieder das Untergericht über das Urtheil des höchsten Gerichtes zu Gericht sitzen und würde noch einmal über eine rechtskräftig entschiedene Frage (ob der früher Belangte hätte absolvirt werden sollen oder nicht) entscheiden. Aber selbst dadurch wäre die Sache noch nicht einmal zu Ende. Denn nehme man z. B. an, das Untergericht absolvirt im zweiten Prozesse den Beklagten, weil es annahm, im ersten Prozesse sey unrichtig entschieden worden und die Einrede der Compensation sey somit begründet, und der Kläger läßt das Urtheil rechtskräftig werden: so würde, wenn jene Annahme unrichtig wäre, der im zweiten Prozesse Absolvirte doch noch naturaliter verpflichtet bleiben, so daß dieselbe Frage in einem dritten Prozesse wieder zur Sprache gebracht und einem neuen richterlichen Urtheile unterstellt werden könnte, obwohl sie schon zweimal rechtskräftig entschieden war.

Ueberhaupt würde der Wirkung nach die rechtskräftige Abweisung des Klägers mit einer Klage aus einer Obligation niemals eine definitive seyn. Er könnte später bei Gelegenheit immer noch excipiendo und replicando sich gegen seinen Geg-

ner darauf berufen, Dieser sey male absolutus, und dadurch die erledigte Frage immer von Neuem zur prozeßualischen Verhandlung bringen. Verträgt sich dieß wohl mit den Aeußerungen unsrer Quellen über Rechtskraft eines richterlichen Urtheils? Oder will man alle diese und ähnliche Consequenzen läugnen? Dann gibt man den ganzen Grundsatz auf. So macht es z. B. in auffallender Weise Roßhirt. Er sagt [16]: „Bei der res judi„cata bleibe zwar der unrichtig Absolvirte in obligatione na„turali; es finde aber kein Prozeß mehr statt, auch „nicht von Seite des Pfandrechts, welches hier als Accession „untergehe, aber auch die Selbsthülfe finde nicht statt; „jedoch gebe es Wege der Compensation und Gegenrechnung (?), „wo man vielleicht die Sache vergleichsweise abthun „könne. Im Prozeß werde man natürlich auch hier „nicht gehört." Also eine obligatio naturalis, bei der das bestellte Pfandrecht untergeht, und die man, wenn der Schuldner nicht will, in keiner Weise mehr geltend machen kann und zu deren Schutze man im Prozesse gar nicht mehr gehört wird! Nur zu einem Vergleiche soll es bei ihr vielleicht kommen können, wobei aber freilich nicht einzusehen ist, wie der Schuldner, der hier zu gar nichts gezwungen werden kann, zu einem solchen Vergleiche sich herbeilassen soll! Es wäre dieß doch in der That eine ganz unerhörte obligatio naturalis. Denn auf diese Weise wäre jede völlig aufgehobene, jede nicht existirende Obligation eine Naturalobligation, weil man bei jedem auch noch so unbegründeten Anspruche „vielleicht die Sache vergleichsweise abthun kann." Roßhirt sagt auch am Schlusse: „Im Ganzen „ist daher diese obligatio naturalis von keiner großen Bedeu„tung". Richtiger aber würde man bei seiner Ansicht sagen: im Ganzen und im Einzelnen ist dieselbe von gar keiner Bedeutung.

Nach unsrem Rechte wird man deßhalb an dem Grundsatze festzuhalten haben: Wenn Jemand wegen einer Schuld belangt und rechtskräftig deßhalb freigesprochen wird, weil er nichts schuldig sey: so gilt der Inhalt dieses Urtheils, sofern kein äußer-

16) Gemeines Civilr. Th. II § 246.

ordentliches Rechtsmittel gegen dasselbe zulässig ist, unumstößlich und seiner ganzen vollen Bedeutung nach als formelle Wahrheit, nach welcher die Parthieen in allen ihren Beziehungen zu behandeln sind; die Schuld ihren civilen und naturalen Bestandtheilen nach, die ganze Schuld überhaupt in jeder Beziehung ist als nicht existirend anzunehmen, und die Frage, ob der Beklagte mit Recht oder mit Unrecht freigesprochen wurde, kann nicht einem neuen Prozesse unterworfen werden.

Druckfehler und Nachträge.

Zum ersten Hefte:

Zu S. 68 ist zu vergleichen Erörtt. H. III S. 132 f.

S. 70 ist im Texte und in der Note 3 statt „s. mein Handb. Bd. II § 63" zu setzen: „s. Erörtt. H. III S. 106 f. 131 f.

S. 136 Note 7 Linie 9 ist statt Bewerber zu lesen Erwerber.

S. 137, S. 161 Not. 23, S. 165, 166 ist statt „Handb. Bd. II § 60" zu setzen: „Handb. Bd. II § 56".

S. 254 ist statt „Handb. Bd. II § 53" zu setzen: „Handb. Bd. II § 76".

Zum zweiten Hefte:

S. 25 Linie 11 von unten ist statt „Note 40" zu setzen: „Note 39".

Zum dritten Hefte:

Zu S. 11. Es ist natürlich hier nur von solchen dilatorischen Einreden die Rede, welche die Sache selbst betreffen, nicht von solchen, welche rein prozeßualischer Natur sind, wie z. B. die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts. Ueber Einreden der letzteren Art s. v. Savigny System V § 227 Not. u, v.

Zu S. 96, 99. Das hier über die Unterbrechung der Verjährung des Rechts auf Privatstrafe wegen Injurien nach Württembergischem Rechte kurz Angedeutete ist, um mögliche Mißverständnisse auszuschließen, genauer dahin zu bestimmen:

Bei dem Rechte auf Privatstrafe wegen Injurien ist nach Württ. Rechte eine doppelte Unterbrechungsart der Verjährung zu unterscheiden:

1. eine uneigentliche Unterbrechung, welche blos eine Verlängerung der Verjährungszeit zur Folge hat. Es wird nämlich die zweijährige Verjährung des Rechts auf Privatstrafe (welche von der verübten That zu laufen beginnt) schon durch das Anbringen der Klage gegen den Thäter, oder falls der Thäter dem Verletzten unbekannt ist, durch die Anzeige der That bei dem Gerichte in der Art unterbrochen, daß sie nun in eine fünfjährige sich verlängert. Allein diese 5 Jahre sind nicht von der Zeit des Anbringens der Klage oder der gerichtlichen Anzeige, sondern von der Zeit der verübten That an zu rechnen, so daß also die Verjährung ungeachtet des Anbringens der Klage ꝛc. fortlauft, aber mit verlängertem Zeitraume, d. h. wenn innerhalb der 2 Jahre von der That an die Klaganstellung beziehungsweise die gerichtliche Anzeige erfolgt: so lauft nun eine von der Verübung der Injurie an zu berechnende Verjährung von fünf Jahren (Ges. üb. d. privatrechtl. Folgen d. Verb. Art. 17 vrgl. mit StrafG.B. Art. 130 Nr. 3 Lit. a).

2. Die eigentliche Unterbrechung. Wird innerhalb der letztgenannten Zeit (der 5 Jahre, falls sie durch Klaganstellung beziehungsweise durch gerichtliche Anzeige innerhalb der ersten 2 Jahre gewahrt wurden) die Klage dem Beklagten zur Verantwortung mitgetheilt: so tritt nun eine eigentliche Unterbrechung der Verjährung in der Weise ein, daß, wenn der Prozeß später liegen bleibt, eine von der letzten gerichtlichen Handlung (in dem S. 36 Not. 40 unt. näher bezeichneten Sinne) an zu berechnende Verjährung von 5 Jahren lauft (d. angef. Art. 17 vrgl. mit StrafG.B. Art. 131 Abs. 2, 4).

3. Hatte der Beleidigte gar keine Kenntniß von der That: so lauft ihm von der verübten That an eine fünfjährige Verjährung, jedoch so, daß, wenn er vor Ablauf der drei ersten Jahre Kenntniß von der That erhielt, er innerhalb zwei Jahren von dieser erhaltenen Kenntniß an klagen, beziehungsweise die That zur Anzeige bringen muß, worauf sodann das unter Nr. 1 und 2 Angeführte eintritt (d. angef. Art. 17 vrgl. mit StrafG.B. Art. 130 Nr. 3 Lit. b).